Ursprüngliches Unvermögen

bei vertragsmäßigen Schuldverhältnissen

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristen-Fakultät der Universität zu Rostock

vorgelegt von

Karl Loske

Referendar

Rostock.
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1903

Meinem Vater

gewidmet.

Plan:

Einleitung.

I. Begriff des ursprünglichen Unvermögens:

§ 1. 1. Unterschied zwischen Unvermögen und Unmöglichkeit.

§ 2. 2. Ursprüngliches und nachträgliches Unvermögen.

§ 3. 3. Vollständiges und teilweises Unvermögen.

§ 4. II. Einfluß des ursprünglichen Unvermögens auf das Zustandekommen eines Vertrages.

III. Haftung desjenigen, der schon bei Abschluß des Vertrages unvermögend ist zu leisten:

§ 5. 1. Muß er sein Unvermögen immer vertreten?

§ 6. 2. Worauf haftet der Schuldner?

§ 7. 3. Weshalb läßt das Gesetz den Schuldner so streng haften?

§ 8. 4. Schließt Kenntnis des andern Teils von dem ursprünglichen Unvermögen die Haftung aus?

IV. Rechte desjenigen, der die ursprünglich subjektiv unmögliche Leistung fordern kann.

A. Bei einseitig verpflichtenden Verträgen:

§ 9. 1. Wenn das Unvermögen ein vollständiges ist

§ 10. 2. Wenn das Unvermögen ein teilweises ist.

B. Bei gegenseitig verpflichtenden Verträgen:
§ 11. 1. Bei vollständigem ursprünglichen Unvermögen.
§ 12. 2. Bei teilweisem ursprünglichen Unvermögen.
3. Das Schicksal der Gegenleistung.
§ 13. a) bei vollständigem ursprünglichen Unvermögen.
§ 14. b) bei teilweisem ursprünglichen Unvermögen.
§ 15. V. Hat der Forderungsberechtigte bei ursprünglichem Unvermögen einen Anspruch auf das stellvertretende Kommodum?

Benutzte Literatur.

1. Archiv für die civiliſtiſche Praxis. 91. Band. Tübingen, Leipzig 1901. Erſtes Heft II. Wilhelm Biermann: „Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leiſtung im bürgerlichen Recht."
2. Alois Brinz: „Lehrbuch der Pandekten" zweite Auflage. Erlangen 1879. II. Band. Erſte Abteilung.
3. Conrad Coſack: „Lehrbuch des deutſchen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des BGB." Vierte Auflage. Jena 1903. Erſter Band. Die allgemeinen Lehren und das Recht der Forderungen.
4. Carl Crome: „Syſtem des deutſchen bürgerlichen Rechts". Tübingen und Leipzig 1902. Zweiter Band. Recht der Schuldverhältniſſe.
5. Heinrich Dernburg: „Pandekten". Siebente verbeſſerte Auflage. Berlin 1903. II. Band. Obligationenrecht.
6. Heinrich Dernburg: „Die Schuldverhältniſſe nach dem Rechte des deutſchen Reichs und Preußens". Erſte und zweite Auflage. Halle a. S. 1899. Erſte Abteilung. Allgemeine Lehren.
7. F. Endemann: „Einführung in das Studium des BGB." Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

Achte neubearbeitete Auflage. Berlin 1901. Erster Band. Einleitung; Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse.

8. L. Enneccerus und H. O. Lehmann: „Das bürgerliche Recht" zweite umgearbeitete Auflage Marburg 1901. Erster Band. Einleitung, Allgemeiner Teil, Schuldverhältnisse von L. Enneccerus.

9. Otto Fischer und Wilhelm Henle: „BGB." München 1902.

10. Gustav Hartmann: „Die Obligation". Untersuchungen über ihren Zweck und Bau. Erlangen 1875. II. Abschnitt.

11. E. F. von Gerber und R. Jhering: „Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts". Vierter Band. Jena 1861. I. R. Jhering: „Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen".

12. Feodor Kleineidam: „Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB. für das deutsche Reich". Jena 1900.

13. Jherings: „Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts". Zweite Folge. 7. Band. 43. Band von Jherings „Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts". Jena 1901. 1. Heft. II. „Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre des BGB." von Dr. jur. F. Kleineidam.

14. Arthur Krug: „Das unverschuldete Unvermögen zu einer versprochenen Leistung". Inaugural-Dissertation. Breslau 1901.

15. Friedrich Mommsen: „Beiträge zum Obligationenrecht". Erste Abteilung. „Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse". Braunschweig 1853. I. Band.

16. „Motive zu dem Entwurfe eines BGB. für das deutsche Reich". Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888. Band II. Recht der Schuldverhältnisse.

17. Paul Oertmann: „Das Recht der Schuldverhältnisse" Berlin 1899.

18. G. Planck: „BGB. nebst Einführungsgesetz" Erste und zweite Auflage. Berlin 1900. Zweiter Band. Recht der Schuldverhältnisse.

19. Rehbein: „Das BGB. mit Erläuterungen". 1. Lieferung des 2. Bandes. 1902.

20. Josef Ruppert: „Die Folgen der vom Käufer nicht zu vertretenden Unmöglichkeit der Erfüllung seiner Verpflichtungen." Inaugural-Dissertation Rostock 1903.

21. Friedrich Carl von Savigny: „Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts". Berlin 1851. I. Band.

22. Friedrich Schollmeyer: „Recht der Schuldverhältnisse". Erste Hälfte. Allgemeiner Teil des Rechts der Schuldverhältnisse. (§§ 241—432) München 1900.

23. J. A. Seufferts „Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten". München und Berlin 1901 Band 56 Nr. 244. München und Leipzig 1894 Band 49 Nr. 12.

24. Rudolf Stammler: „Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren". Studien zum BGB. für das deutsche Reich. Berlin 1897.

25. Julius von Staudinger: „Kommentar zum BGB. für das deutsche Reich nebst Einführungsgesetz". München 1901. Zweiter Band Recht der Schuldverhältnisse.

26. Heinrich Titze: „Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht" Leipzig 1900.

27. Treitel: „Die Unmöglichkeit der Leistung und der Verzug bei Unterlassungsverbindlichkeiten". Berlin 1902.

28. Edgar Windmüller: „Die Bedeutung und Anwendungsfälle des Satzes pretium succedit in locum rei, res in locum pretii nach gemeinem Recht und BGB." Inaugural-Dissertation. Leipzig 1902.

29. Leonhard Windscheid: „Lehrbuch des Pandektenrechts". Achte Auflage. Frankfurt a. M. 1900. II. Band.

BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich vom 18. August 1896.

CPO. = Civilprozeßordnung in der Fassung des Gesetzes vom 17. Mai 1898.

Einleitung.

Im folgenden soll nicht die ganze Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung behandelt werden, sondern es ist aus dieser großen Materie nur ein Teil herausgegriffen worden, und zwar ist durch den Wortlaut des gewählten Themas: „Ursprüngliches Unvermögen bei vertragsmäßigen Schuldverhältnissen" die Darstellung nach drei Richtungen hin begrenzt. Berücksichtigt werden soll nämlich nur das im BGB. sogenannte Unvermögen des Schuldners, während die Unmöglichkeit der Leistung ausscheidet. Eine weitere Einschränkung besteht darin, daß nur das ursprüngliche, nicht aber auch das nachträgliche Unvermögen behandelt werden soll. Ferner wird auch nur das ursprüngliche Unvermögen bei vertragsmäßigen Schuldverhältnissen in Betracht gezogen, unberücksichtigt bleibt demnach auch das ursprüngliche Unvermögen bei einseitigen Schuldverhältnissen.

Diese dreifache Einschränkung mag dadurch gerechtfertigt werden, daß das BGB. ausdrückliche Vorschriften enthält, sowohl über die ursprüngliche und nachträgliche Unmöglichkeit, als auch über das nachträgliche Unvermögen, nicht aber auch über das ursprüngliche Unvermögen. Letztere Behauptung bedarf aber insoweit einer Einschränkung, als allerdings die §§ 2169, 2170 BGB.

über das ursprüngliche Unvermögen bei Vermächtnissen, also wohl den wichtigsten der nicht vertragsmäßigen Schuldverhältnisse, handeln. Keine ausdrücklichen Bestimmungen trifft demnach das Gesetzbuch über ursprüngliches Unvermögen bei vertragsmäßigen und den übrigen einseitigen Schuldverhältnissen, z. B. Stiftung, Auslobung. Es müßte deshalb untersucht werden, wie diese Schuldverhältnisse zu behandeln sind, wenn schon bei Entstehung derselben der Schuldner unvermögend ist, zu leisten. Weil aber diese einseitigen Schuldverhältnisse im Vergleich zu den vertragsmäßigen weniger wichtig sind, und zudem auf dieselben auch wohl die Vorschriften über ursprüngliches Unvermögen bei vertragsmäßigen Schuldverhältnissen in Anwendung kommen werden, sollen auch sie für die Betrachtung ausscheiden.

I. Begriff des ursprünglichen Unvermögens.

§ 1.

1. Unterschied zwischen Unvermögen und Unmöglichkeit.

Zunächst ist festzustellen, was unter ursprünglichem Unvermögen zu verstehen ist.

Wenn eine versprochene Leistung von dem Schuldner nicht erfüllt werden kann, so hat dies nach dem Sprachgebrauch des corpus iuris civilis seinen Grund darin, daß entweder ein impedimentum naturale vorliegt oder daß dem Schuldner die facultas dandi fehlt. Letztere definiert Venulejus (l. 137 § 4 D. de verb. oblig.

45,1) folgendermaßen: „Est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum, quae promittuntur." Als Beispiel für die fehlende facultas dandi führt er unter anderen den Fall an, daß jemand versprochen hat, hundert zu leisten, die er weder selbst hat, noch jemand ihm als Darlehn geben will. Hier liege doch kein „impedimentum naturale" vor, sondern es fehle nur an der „facultas dandi". Das charakteristische Merkmal der letzteren kennzeichnet Vernulejus aber in l. 137 § 5 eod., wo vom Schuldner gesagt wird: „efficere non possit, cum alio possibile sit." Der Unterschied zwischen der „difficultas dandi" und dem „impedimentum naturale" besteht demnach darin, daß bei letzterem jedem die Leistung unmöglich ist, dagegen bei bloßer difficultus dandi wohl irgend ein anderer, nicht aber der Schuldner zu leisten vermag. Notwendig ist selbstverständlich nicht, daß die Leistung jedem andern möglich ist.

Den Schriftstellern des gemeinen Rechts machte es Schwierigkeit, für die Ausdrücke difficultas und impedimentum naturale passende Übersetzungen zu finden. Nach von Savignys Vorgang unterschied man zwischen „objektiver" und „subjektiver Unmöglichkeit". Unter der ersteren verstand man die Unmöglichkeit, die „in der Natur der Handlung an sich" begründet ist, während mit subjektiver Unmöglichkeit diejenige bezeichnet wurde, welche ihren Grund „in den besonderen persönlichen Verhältnissen des Schuldners" [1] hat.

---

1) von Savigny: „Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts." I. Band § 37 S. 384.

Die beiden Ausdrücke „impedimentum naturale“ und „difficultas“ unter dem gemeinsamen Oberbegriff „Unmöglichkeit“ zusammenfassen zu wollen, ist aber ungenau und irreführend; doch in Ermangelung anderer, den Unterschied besser hervorhebender Übersetzungen haben die meisten Schriftsteller des gemeinen Rechts die von Savigny'schen Ausdrücke beibehalten, so auch Mommsen[1] und Windscheid. Vergl. z. B. Windscheid „Lehrbuch des Pandektenrechts“ II. Band § 264 S. 81: „Bei der ursprünglichen Unmöglichkeit ist ferner zu unterscheiden zwischen objektiver Unmöglichkeit, d. h. Unmöglichkeit an sich und subjektiver Unmöglichkeit, d. h. Unmöglichkeit bloß für den Schuldner“. Wie gesagt ist diese Bezeichnung aber nicht korrekt. Durch die Ausdrücke „objektive“ und „subjektive Unmöglichkeit“ tritt vor allem nicht klar genug hervor, worin der Unterschied besteht. Genau genommen ist doch nur das „unmöglich“, was überhaupt „nicht“ möglich ist, während doch gerade das Wesen der subjektiven Unmöglichkeit darin bestehen soll, daß die Leistung „an sich“ möglich ist und nur gerade vom Verpflichteten nicht bewirkt werden kann. Deshalb gehen dann auch einige Schriftsteller, vor allen Hartmann[2] gegen den Ausdruck „subjektive Unmöglichkeit“ vor. Auch Brinz vermeidet diesen Ausdruck und sagt in „Lehrbuch der Pandekten“ II. Band, erste Abteilung § 245 S. 123: „Bei

1) Mommsen: „Beiträge zum Obligationenrecht“ Erste Abteilung. „Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse.“ I. Band § 1 S. 5.

2) Hartmann: „Die Obligation“ Untersuchungen über ihren Zweck und Bau. II. Abschnitt S. 166 ff.

Leistungen, welche dem Obligierten unmöglich sind, kann man nicht sowohl von unmöglichen Leistungen, als von Unvermögen der Person ... reden".

Den Ausdruck „Unvermögen" für die gemeinrechtlich „subjektive Unmöglichkeit" genannte Unmöglichkeit hat dann auch das BGB. aufgenommen und versteht demnach darunter die römisch-rechtliche „difficultas", während es nur das „impedimentum naturale" mit „Unmöglichkeit" bezeichnet; vgl. Motive Band II S. 44: „Der objektiven Unmöglichkeit steht das nur subjektive Unvermögen des Schuldners gegenüber". Eine Definition der Unmöglichkeit und des Unvermögens enthalten die Motive nicht. Es ist aber auch außerordentlich schwierig, eine allgemein erschöpfende Difinition aufzustellen, weil, wie Kleineidam [2] bemerkt, „beide Begriffe überhaupt mehr den Charakter von Schlußfolgerungen aus den tatsächlichen Verhältnissen haben, als daß sie selbst unmittelbar die tatsächlichen Verhältnisse bezeichnen." Deshalb soll auch hier, der Mehrzahl der Schriftsteller folgend, von einer Definition der Begriffe Unmöglichkeit und Unvermögen abgesehen und nur untersucht werden, unter welchen Voraussetzungen Unmöglichkeit der Leistung oder Unvermögen des Schuldners zur Leistung anzunehmen ist.

Es kommt hierbei auf den Gegenstand der Obligation an. Gegenstand eines Schuldverhältnisses kann ein Tun oder ein Unterlassen sein. „Das Tun umfaßt" wie die Motive Band II S. 5 ausführen, im Sinne des Entwurfs auch das Geben, das Verschaffen des Eigentums oder eines sonstigen Rechts an einer Sache oder einem

1) Kleineidam: „Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB. für das deutsche Reich" S. 13 u. 14.

Recht, das Unterlassen auch das Dulden". Demnach möge im einzelnen untersucht werden, ob Unmöglichkeit oder Unvermögen des Schuldners vorliegt:

1. Wenn die Leistung in einem Tun als solchem besteht,

2. wenn eine Sache übergeben oder Eigentum oder ein sonstiges Recht an einer solchen verschafft werden soll;

3. wenn das Verschaffen des Eigentums oder eines sonstigen Rechts an einem Rechte Gegenstand der Obligation ist;

4. wenn ein Unterlassen oder ein Dulden geschuldet wird, und die geschuldete Leistung nicht erfüllt werden kann.

ad 1. Soll die Leistung des Schuldners in einem Tun bestehen, so ist zu unterscheiden:

a) Das Tun soll an oder mit einem bestimmten Gegenstand vorgenommen werden. Ein Beispiel möge hier den Unterschied zeigen: Jemand verpflichtet sich, einen dressierten Hund vorzuführen. Stirbt der Hund, so ist die Leistung objektiv unmöglich; ist derselbe aber nur entlaufen, so liegt Unvermögen zur Leistung vor.

b) Das Tun besteht in einem Handeln des Verpflichteten selbst. Dann ist weiter zu unterscheiden:

α) Hat der Schuldner nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses in Person zu leisten, und ist er hierzu außer stande, so liegt Unmöglichkeit der Leistung vor. Vgl. Motive Band II. S. 45: „Ein solches nämlich subjektives Unvermögen — des Schuldners liegt nicht vor, wenn es bei der Leistung auf die Person des Schuldners ankommt, und die persönliche Leistung objektiv unmöglich geworden ist", z. B. ein Maler ver-

pflichtet sich, ein bestimmtes Bild zu malen, kann aber seiner Verpflichtung nicht nachkommen, da er erlahmt.

β) Ist es gleichgültig, ob der Schuldner selbst oder ein Dritter die Handlung vornimmt, sodaß es nur darauf ankommt, daß sie überhaupt ausgeführt wird, und der Schuldner vermag nicht zu leisten, so liegt Unvermögen zur Leistung vor.

ad 2) Ist Gegenstand des Schuldverhältnisses, daß eine Sache übergeben oder daß das Eigentum oder ein sonstiges Recht an einer solchen verschafft werden soll, und ist der Schuldner hierzu außer stande, so gilt folgendes:

Wenn die Sache, welche übergeben oder an welcher Eigentum oder ein sonstiges Recht verschafft werden soll, nur der Gattung nach bestimmt ist, so wird das Nichtleistenkönnen des Schuldners fast immer in dessen Unvermögen seinen Grund haben. Unmöglichkeit der Leistung wird nur dann vorliegen, wenn die Gattung nicht oder nicht mehr besteht. Doch wird dieser Satz von einem Teil der Schriftsteller in dieser Uneingeschränktheit nicht anerkannt. So nimmt Planck[1] auch dann Unmöglichkeit der Leistung an, „wenn dies, — nämlich daß die Leistung aus der Gattung noch möglich ist — zwar ungewiß ist, die Beschaffung von Gegenständen der fraglichen Art aber mit so außergewöhnlichen Schwierigkeiten verbunden ist, daß diese Schwierigkeiten nach der Auffassung des Verkehrs der Unmöglichkeit

1) Planck: „BGB. nebst Einführungsgesetz" II. Band. Recht der Schuldverhältnisse § 279 Anm. 1.

gleichgerechnet werden." Ebenso sagt Crome:[1] „Die Unmöglichkeit braucht keine absolute, in der Natur der Leistung selbst begründete zu sein; es genügt, daß nicht erfüllbar ist, was im gegebenen Fall mit Rücksicht auf Treu und Glauben und die Verkehrssitte vom Schuldner verlangt werden kann (sog. relative Unmöglichkeit)". Vgl. auch noch Kisch:[2] „Regelmäßig wird eine Leistung, die nur unter äußerster Kraftanstrengung und Aufwendung ganz unverhältnismäßiger Mittel noch bewirkt werden kann im Sinne der Rechtsordnung nicht mehr als möglich zu behandeln sein". Auch Titze[3] vertritt diese Ansicht. Wenn er aber hier zwischen logischer und juristischer Unmöglichkeit unterscheiden will und letztere als gegeben ansieht nicht nur, wenn die Leistung an sich unmöglich ist, sondern auch dann, wenn sich der Bewirkung derselben Hindernisse entgegenstellen, deren Beseitigung nach Treu und Glauben vom Schuldner nicht gefordert werden kann, so ist dies nach Ruppert[4] nicht nur bedenklich, sondern auch überflüssig. „Denn", so führt Ruppert aus, „auch diejenigen Leistungen, um derentwillen man diese Unterscheidung aufgestellt hat, fallen unter den Begriff der logisch unmöglichen Leistungen, oder mit anderen Worten: „„Logische Unmöglichkeit liegt vor, wenn nicht erfüllbar ist, was im

1) Crome: „System des BR." II. Band. Recht der Schuldverhältnisse § 145 1 a. S. 33, 34.

2) Kisch: „Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. für das deutsche Reich" S 12.

3) Titze: „Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem BR." S. 66.

4) Ruppert: „Die Folgen der vom Käufer nicht zu vertretenden Unmöglichkeit der Erfüllung seiner Verpflichtungen." S. 9.

gegebenen Fall mit Rücksicht auf Treu und Glauben und die Verkehrssitte vom Schuldner verlangt werden kann"". Dies wird deutlich, wenn man im Begriffe der Leistung von dem in der Außenwelt zur Erscheinung kommenden Leistungserfolg das Leisten selbst, d. h. die zur Herbeiführung dieses Erfolges tätig werdende Energie unterscheidet und erkennt, daß auch das Maß dieser anzuwendenden Energie einer Bestimmung in dem Schuldverhältnisse unterliegt. Es zeigt sich dann, daß die Leistung unmöglich sein kann, obwohl der Leistungserfolg hergestellt werden könnte, nämlich dann, wenn sich dieses Ziel nicht mit der obligationsmäßig bestimmten Energie erreichen läßt". Diesem ist auch wohl zuzustimmen; die Ansicht ist allerdings nicht unbestritten und erscheint nach Schollmeyer[1] „zweifelhaft". Selbstverständlich ist der Schuldner zum Erfüllen seiner Verbindlichkeit verpflichtet, auch wenn sich ihm Schwierigkeiten entgegenstellen, die Kraftanstrengungen von ihm verlangen, welche über das gewöhnliche Maß hinausgehen, aber es muß doch eine Grenze geben, über die hinaus sich anzustrengen dem Schuldner nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann. Denn § 242 BGB., der dem Schuldner die Verpflichtung auferlegt, „die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern" gilt, wie Titze[2] mit vollem Recht bemerkt, sowohl zu Lasten wie auch zu Gunsten des Schuldners. Die Grenze ist

1) Schollmeyer: „Recht der Schuldverhältnisse." Erste Hälfte allgemeiner Teil des Rechts der Schuldverhältnisse (§§ 241–432) Anm. zu § 279 am Ende S. 106.

2) Titze a. a. O. S. 2.

aber keine bestimmte, und es wird im Einzelfalle Sache des nach billigem Ermessen urteilenden Richters sein, zu prüfen, ob nach der Auffassung des Verkehrs die absolut noch mögliche Leistung vom Schuldner gefordert werden kann. Ob Unmöglichkeit oder Unvermögen vorliegt, ist aber, wie Rehbein[1] sagt, „vielfach nur konkret zu messen, entsprechend der Relativität des Begriffs".

Dieses wird auch dann Anwendung finden müssen, wenn der Schuldner die Leistung nur mit einem Aufwand von Geldmitteln zu bewirken imstande ist, welche das gewöhnliche Maß der aufzuwendenden Geldmittel unverhältnismäßig übersteigt, und zwar nicht nur, wenn der Schuldner die nötigen Geldmittel nicht hätte, sondern auch selbst dann, wenn er das hierzu erforderliche Geld tatsächlich besäße; auch das entspricht Treu und Glauben. Nicht zu verwechseln ist aber dieser Fall, daß der Schuldner eine Sache nur mit außergewöhnlichen, ihm nicht zuzumutenden Geldopfern zu verschaffen imstande ist, mit dem Fall, daß der Schuldner Geld schuldet. Hier ist Mangel an Geldmitteln, um seine Verpflichtung erfüllen zu können, immer nur Unvermögen; „denn Geld ist" wie Savigny[2] bemerkt, „überall vorhanden, und es liegt bloß an den persönlichen Verhältnissen des Schuldners, wenn er das Geld nicht verschaffen kann, das er zu bezahlen schuldig ist". Nun wollen aber einige Schriftsteller neben der objektiven und subjektiven Unmöglichkeit noch die „Schwierigkeit der Erfüllung"

1) Rehbein: „Das BGB. mit Erläuterungen" 1. Lieferung des II. Bandes S. 115.

2) von Savigny a. a. O. S. 384.

unterscheiden; so z. B. Dernburg:[1] „Von der Unmöglichkeit, auch der subjektiven, ist die Schwierigkeit der Erfüllung zu unterscheiden. Dahin gehört Geldmangel des Schuldners". Ferner Schollmeyer:[2] „Dagegen liegt niemals subjektive Unmöglichkeit vor, wenn es dem Schuldner an den nötigen Vermögensmitteln fehlt, um seine Schuld zu erfüllen. Hier handelt es sich nur um Schwierigkeiten der Erfüllung". Diese Ansicht entspringt dem Umstande, daß diese Schriftsteller die subjektive Unmöglichkeit als etwas von der difficultas des Venulejus verschiedenes ansehen wollen. Dem ist aber wohl nicht beizupflichten. Dean wie vorhin ausgeführt wurde, bedeutet die subjektive Unmöglichkeit nichts anderes als die römische difficultas dandi und umfaßt alle Arten der difficultas, also auch den Mangel an Vermögensmitteln. Diese Schriftsteller haben sich wohl nur durch den allerdings ungenauen Ausdruck „subjektive Unmöglichkeit" irre führen lassen. Wenn aber Dernburg[3] sagt: „Mangel des Verpflichteten an Zahlungsmitteln wird vom Rechte nicht als subjektive Unmöglichkeit, Unvermögen, behandelt"[3] und sich hierbei auf die Motive Band II. S. 45 beruft, so ist auch dies wohl nicht zutreffend. Denn die Motive sagen doch an dieser Stelle meines Erachtens das Gegenteil: „Ein solches — subjektives Unvermögen — liegt . . . . vor . . . . . dann, wenn das Vermögen des Schuldners nicht

1) Dernburg: „Pandekten" II Band. Obligationenrecht § 16 S. 45.

2) Schollmeyer a. a. O. S. 96.

3) Dernburg: „Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des deutschen Reichs und Preußens" Erste Abteilung. Allgemeine Lehren § 66 III. No. 3 S. 129.

hinreicht, die Erfüllung zu bewirken, mag diese in der Leistung von Geld oder anderen Sachen und Rechten oder in der Vornahme einer Handlung bestehen".

Hier möge kurz auch die Frage berührt werden, ob Unmöglichkeit oder Unvermögen anzunehmen sei, wenn Sachen zu leisten versprochen werden, welche dem Verkehr entzogen sind. Zur Beantwortung dieser Frage genüge die diesbezügliche Stelle der Motive Band II. S. 177: „Aber auch hinsichtlich derjenigen Sachen, welche dem Verkehr durch ein positives Gesetz entzogen erscheinen, ist eine besondere Bestimmung entbehrlich, da aus dem betreffenden Gesetz entnommen werden muß, in welchem Umfange der Verkehr der Sachen ausgeschlossen ist; soweit dies der Fall ist, kann es sich nur um eine verbotene Leistung handeln. Übrig bleiben hiernach die zum öffentlichen Gebrauche bestimmten Sachen, welche, mindestens nach dem modernen Rechte, nur solche Verträge nicht zulassen, wodurch diese ihre Bestimmung, so lange dieselbe auf dem durch das öffentliche Recht bestimmten Wege nicht aufgehoben ist, beeinträchtigt würde, insbesondere die öffentlichen Wege, Straßen und Plätze. Bei diesen Sachen zeigt sich das Eigentümliche, daß solche Verträge über sie geschlossen werden können, deren Erfüllung die erwähnte Bestimmung der Sachen unberührt läßt. Trifft das Gegenteil zu, so liegt juristische Unmöglichkeit der Leistung vor, wobei der Wissenschaft die Lösung der Frage überlassen bleiben muß, ob immer objektive Unmöglichkeit anzunehmen ist oder ob etwa in concreto im Hinblick auf den Umstand, daß das Hindernis durch obrigkeitliche oder behördliche Anordnung gehoben werden kann, bei Unkenntnis der

Parteien von der beschränkten Verkehrsunfähigkeit die Auffassung begründet sein könnte, daß ein dem Vertrag über Sachen oder Rechte eines Dritten analog zu behandelnder Vertrag vorliege". Zum Veräußerungsverbot ist auch ein Ausfuhrverbot zu rechnen.

Das oben Ausgeführte gilt auch dann, wenn eine individuell bestimmte Sache zu leisten ist. In einem solchen Falle wird, wenn der Schuldner nicht leisten kann, öfter wie bei Gattungsschulden Unmöglichkeit der Leistung und nicht Unvermögen des Schuldners zur Leistung vorliegen. Besonders ist zu beachten, daß gerade bei individuell bestimmten Sachen die Leistung sehr oft deshalb objektiv unmöglich ist, weil zur Bewirkung derselben von dem Schuldner mehr Energie aufzuwenden wäre, als von ihm, wie oben ausgeführt wurde, nach Treu und Glauben gefordert werden kann. Ferner ist hier noch folgendes zu beachten. Wenn eine nur der Gattung nach geschuldete Sache zu leisten ist, und der Schuldner vermag zwar die Sache zu leisten, dieselbe ist aber mit Mängeln behaftet, die nicht beseitigt werden können, so liegt meist nur Unvermögen zur Leistung vor. Denn solange die Gattung noch existiert und dem Schuldner nach Treu und Glauben noch zugemutet werden kann, eine mängelfreie Sache zu beschaffen, kann von einer Unmöglichkeit der Leistung keine Rede sein. Ist aber der geschuldete Gegenstand individuell bestimmt, und der Schuldner kann denselben nur mit nicht zu beseitigenden Mängeln behaftet leisten, so liegt unzweifelhaft Unmöglichkeit der Leistung vor. Denn gerade diesen Gegenstand ohne die vorhandenen Fehler zu leisten, wird niemand imstande sein. Hier

kommen die Regeln über teilweises Unvermögen und teilweise Unmöglichkeit zur Anwendung, über die später[1] zu sprechen ist.

Ferner ist hier noch an den Spezialfall zu erinnern, daß jemand eine ihm gehörende, individuell bestimmte Sache verkauft, diese Sache ihm aber schon zur Zeit des Vertragsschlusses gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war. Ob aber in einem solchen Falle Unmöglichkeit oder Unvermögen anzunehmen ist, kann besser an einer späteren Stelle[2] untersucht werden, weil hierzu noch vorher eine andere Unterscheidung gemacht werden muß.

ad 3. Es soll Eigentum oder ein sonstiges Recht an einem Rechte verschafft werden: Zunächst wird auch hier wieder als Grundsatz gelten: soll Eigentum oder ein sonstiges Recht an einem Rechte verschafft werden, das nicht oder nicht mehr besteht, so liegt Unmöglichkeit der Leistung vor; existiert zwar dieses Recht, ist aber der Schuldner außer stande, Eigentum oder ein sonstiges Recht, das er versprochen hat, an demselben zu verschaffen, so hat dies in seinem Unvermögen seinen Grund. Aber auch hier kann wieder die Grenze zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen nicht so scharf gezogen werden, und es findet das hierüber oben Ausgeführte entsprechende Anwendung.

Ist der Schuldner verpflichtet, Eigentum oder ein sonstiges Recht an einem Rechte zu verschaffen, dieses Recht existiert aber nicht, so liegt doch nicht immer Unmöglichkeit der Leistung vor, und dies ist ein großer

1) Vergl. § 3 der Arbeit.
2) § 3 S. 39 ff.

Unterschied von dem Falle, daß es sich um eine nicht existierende Sache handelt. Wenn nämlich das veräußerte Recht zwar als solches nicht existiert, aber in einem andern Rechte enthalten ist, sodaß es nur von demselben losgelöst zu werden braucht, so ist nicht Unmöglichkeit sondern Unvermögen anzunehmen. Ein Beispiel möge dies erläutern: Jemand verpflichtet sich an einem Grundstück eine Servitut zu verschaffen. Er ist aber hierzu außer Stande, weil etwa der Eigentümer des Grundstücks sich mit Recht weigert, diese Servitut einzuräumen. In einem solchen Falle ist nur Unvermögen des Schuldners zur Leistung anzunehmen. Denn, wenn auch die Servitut als solche noch nicht existiert, so ist sie doch in dem Eigentum mit enthalten; es brauchte der Eigentümer dieselbe nur von seinem Eigentum loszulösen, und sie bestände vollständig unabhängig von demselben. Der Eigentümer des Grundstücks wäre also imstande, die versprochene Leistung zu erfüllen, der Schuldner ist es aber nicht, folglich liegt Unvermögen zur Leistung vor. Vgl. hierzu noch Kleineidam[1]. „Allerdings wird zur Verneinung der objektiven Unmöglichkeit der Erfüllung genügen müssen, daß etwa das veräußerte Recht in einem andern Rechte, insbesondere z. B. dem Eigentume inhärent bereits existiert, wenn es auch noch nicht als selbständiges Recht vorhanden ist. Es sind dies die Fälle, wo die sogenannte konstitutive Übertragung in Frage kommt. Bei den dinglichen Rechten trifft dies wohl stets zu, da das Eigentum als Inbegriff sämtlicher Herrschaftsbefugnisse auch die Befugnisse, welche den

1) Kleineidam: „Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB. für das deutsche Reich" S. 160.

Inhalt der einzelnen Rechte bilden, in sich umfaßt". Während somit wohl nicht daran gezweifelt werden kann, daß meistens, wenn der Schuldner sich zur Verschaffung des Eigentums oder eines andern Rechts an einem dinglichen, wenn auch vielleicht noch nicht selbständig existierenden Rechte verpflichtet, und er hierzu außer Stande ist, Unvermögen des Schuldners zur Leistung vorliegt, ist dies bezüglich der obligatorischen Rechte bestritten. Schon nach dem gemeinen Recht war dies eine Streitfrage. So behauptet Mommsen:[1] „Die Leistung einer nicht existierenden Forderung ist ebenso unmöglich, wie die Leistung einer nicht existierenden Erbschaft." Dagegen sagt Jhering:[2] „Der Gegensatz der subjektiven und objektiven Unmöglichkeit nimmt hier — beim Verkauf einer nicht existierenden Forderung — eine etwas andere Gestalt an. Letztere ist vorhanden, wenn das als existierend gesetzte Recht, beziehungsweise dessen Übertragung in thesi, d. h. als nicht bloß für diesen Verkäufer, sondern für jeden unmöglich ist. . . . . Anders dagegen, wenn das Recht, welches der Verkäufer sich beilegt, an sich existieren könnte, aber sei es überall nicht oder nur in seiner Person nicht existiert".

Daß Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen ist, wenn das zu übertragende Recht „in thesi" nicht existiert, also für jeden unmöglich ist, unterliegt wohl keinem Zweifel. Ebenso unzweifelhaft ist auch, daß nur Unvermögen zur Leistung vorliegt, wenn ein Forderungsrecht,

1) Mommsen a. a. O. S. 134.

2) von Gerber und Jhering IV. Band der Jahrbücher. L. R. Jhering: „culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen." S. 69, 70.

welches der Verkäufer übertragen will, zwar besteht, aber ihm nicht zusteht. Hier könnte ja der wirklich Berechtigte leisten. Sehr bedenklich ist es aber wohl doch, auch dann nur Unvermögen annehmen zu wollen, wenn das verkaufte Recht zwar nicht existiert, aber existieren könnte. Hier wird man wohl mit Mommsen folgern müssen, daß die Übertragung einer nicht bestehenden Forderung Unmöglichkeit der Leistung begründet, ohne Unterschied, ob die Forderung überhaupt nicht bestehen könnte oder aber zwar nicht besteht, für einen andern aber als den Verkäufer bestehen könnte. Warum sollte man andernfalls nicht auch dann nur Unvermögen annehmen, wenn eine Sache geleistet werden soll, die zwar nicht existiert, aber existieren könnte? Hier wird aber unbestritten Unmöglichkeit der Leistung angenommen. Die Motive scheinen sich allerdings der Meinung Jherings anschließen zu wollen, indem sie S. 177 sagen: „Aus dem Grundsatze, daß das bloß subjektive Unvermögen des Schuldners die Gültigkeit des Vertrages unberührt läßt, beantwortet sich auch die insbesondere in der Doktrin des gemeinen Rechts bestrittene Frage, ob ein Vertrag über die Veräußerung einer nicht existierenden Forderung nichtig ist." Daraus folgt ja wohl, daß Veräußerung einer nicht existierenden Forderung nur Unvermögen begründen soll. Meines Erachtens ist dem aber nicht beizustimmen, und es ist auch die herrschende Meinung anderer Ansicht. Vgl. z. B. Planck[1] „Die Übertragung einer Forderung oder eines Rechtes, welche nicht existieren, ist unmöglich" oder Schollmeyer[2]

1) Planck a. a. O. § 306 Anm. 2 S. 80.
2) Schollmeyer a. a. O. S. 153.

„Denn eine nicht existierende Forderung ist ebensowenig vorhanden, als eine nicht bestehende Sache. Und was nicht besteht, während es als bestehend gedacht wurde, kann kein Mensch leisten"; ferner Kleineidam[1] und Titze.[2]

Endlich ist in diesem Zusammenhang auch noch darauf hinzuweisen, daß auch dann Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen ist, wenn der Gläubiger die zu übergebende Sache bereits besitzt, und er dem Schuldner dieselbe nicht übergeben will oder wenn er das Eigentum oder das andere Recht, das ihm an einer Sache oder an einem Recht verschafft werden soll, schon hat, und er dieses dem Schuldner nicht abtreten will. In einem solchen Falle ist nämlich nicht nur der Schuldner, sondern auch jeder andere nicht imstande, dem Gläubiger die geschuldete Leistung zu bewirken. Sollte aber der Gläubiger einem Dritten die Sache übergeben oder das Eigentum oder das Recht übertragen, dann verwandelt sich die Unmöglichkeit in Unvermögen.

ad 4. Der Schuldner ist verpflichtet, etwas zu unterlassen oder zu dulden. Hier ist der Schuldner außer Stande, zu leisten, wenn er das, was zu unterlassen er versprochen hat, nicht unterlassen kann, eine gewisse Handlung also vornehmen muß oder wenn er das, was zu dulden er sich verpflichtet hat, nicht mehr zu dulden vermag. In diesen Fällen wird das Nichtleistenkönnen des Schuldners als Unmöglichkeit aufzufassen sein. Denn wenn der Schuldner gezwungen ist,

1) Kleineidam: „Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB. für das deutsche Reich" S. 159, 160.

2) Titze a. a. O. S. 64, 65.

etwas zu tun, was zu unterlassen er versprochen hat, etwas nicht zu dulden, was zu dulden er verpflichtet ist, so ist damit die Leistung unmöglich geworden, da ja kein anderer als der Schuldner leisten kann. Dadurch nämlich, daß ein anderer etwas unterläßt oder duldet, was der Schuldner zu unterlassen oder dulden hätte, kann die Leistung nicht bewirkt werden.

Wir haben bisher nur die Fälle betrachtet, daß der Schuldner nicht zu leisten vermag aus Gründen, welche entweder in seiner Person oder in dem geschuldeten Gegenstand liegen. Es kann aber auch der Fall eintreten, daß die Erfüllungshindernisse in der Person des Gläubigers begründet sind. Von solchen Erfüllungshindernissen kann nur dann die Rede sein, wenn der Gläubiger die Leistung annehmen oder bei derselben mitwirken muß, um dieselbe zu ermöglichen. Könnte dann an einen Dritten die Leistung mit Wirkung für den Gläubiger erfolgen oder könnte ein Dritter für den Gläubiger mitwirken, und dies geschieht nicht, so liegt nur Unvermögen vor. Und dies wird meist der Fall sein; denn in den meisten Fällen wird der Schuldner sich dadurch befreien können, daß er z. B. an einen Stellvertreter des Gläubigers leistet. Kann dies aber nicht geschehen, sondern ist es unbedingt erforderlich, daß der Gläubiger in Person die Leistung annehme oder bei der Erfüllung mitwirke, und ist er hierzu außer Stande, so ist Unmöglichkeit anzunehmen.

Das Ausgeführte wird genügen, erkennen zu lassen, unter welchen Umständen Unmöglichkeit oder Unvermögen des Schuldners zur Leistung anzunehmen ist.

Wie man sieht, ist die Beantwortung dieser Frage nicht immer leicht und es möge als Schluß dieses Paragraphen die diesbezügliche Stelle der Motive[1] angeführt werden: „Ob eine wirkliche Unmöglichkeit der Leistung eingetreten ist, muß in concreto geprüft werden nach dem Gegenstand und gesamten Inhalte des Schuldverhältnisses". Es ist also Quantität und Qualität, Ort und Zeit der Leistung in Betracht zu ziehen und hiernach zu prüfen, ob die Leistung in der verlangten Weise sich verwirklichen läßt oder nicht.

§ 2.

2. Ursprüngliches und nachträgliches Unvermögen.

Sowohl bei der Unmöglichkeit als auch bei dem Unvermögen ist scharf zu unterscheiden zwischen ursprünglicher und nachträglicher Unmöglichkeit, zwischen ursprünglichem und nachträglichem Unvermögen. Weil das in diesem Paragraphen Ausgeführte sowohl auf Unmöglichkeit wie auf Unvermögen in gleicher Weise Anwendung findet, soll der Kürze halber nur von der „Unmöglichkeit" gesprochen werden, und darunter das Unvermögen mitverstanden sein.

Man nennt die Unmöglichkeit eine ursprüngliche, wenn sie schon bei der Begründung des Schuldverhältnisses bestand, andernfalls ist sie eine nachträgliche. Der maßgebende Zeitpunkt ist demnach bei vertragsmäßigen Schuldverhältnissen der Augenblick des Vertragsschlusses. Ganz unzweifelhaft ist dies, wenn der Vertrag unbedingt

1) Motive Band II. § 237 S. 45.

oder unter einer auflösenden Bedingung oder Zeitbestimmung geschlossen wird. Bestritten dagegen ist, ob bei einem unter einer aufschiebenden Bedingung oder Zeitbestimmung geschlossenen Vertrage ursprüngliche oder nachträgliche Unmöglichkeit angenommen werden soll, wenn der die Unmöglichkeit herbeiführende Umstand nach Abschluß des Vertrages, aber vor Eintritt der Bedingung oder des Anfangstermins sich ereignet.

Da die Beantwortung dieser Frage sowohl für den Fall, daß das Geschäft unter einer Suspensivbedingung, als auch daß es mit der Bestimmung eines Anfangstermins abgeschlossen ist, die gleiche sein wird, mag die Untersuchung nur für den ersten Fall durchgeführt werden.

Im gemeinen Recht wurde in einem derartigen Falle nachträgliche Unmöglichkeit angenommen, vgl. z. B. Mommsen.[1] „Der entscheidende Augenblick ist hier nicht der, mit welchem die Obligation perfekt wird, sondern der Augenblick, mit welchem für beide Parteien oder doch wenigstens für diejenige Partei, um deren Verpflichtung es sich handelt, das Recht des einseitigen Zurücktretens von der übernommenen Verpflichtung aufhört, also bei bedingten Verträgen nicht die Zeit der Erfüllung, sondern die Zeit der Abschließung des Vertrages". Wie aber ist die Frage nach BGB. zu beantworten? Hier können Zweifel entstehen. Wie aus § 306 hervorgeht, ist auch nach BGB. für die Beurteilung, ob eine Unmöglichkeit eine ursprüngliche oder eine nachträgliche ist, die Zeit des Vertragsabschlusses maßgebend. Somit müßte in dem Falle, daß der die Unmöglichkeit

1) Mommsen a. a. O. S. 1.

herbeiführende Umstand zwar nach Abschluß des Vertrages, aber vor Eintritt der Bedingung sich ereignet, nachträgliche Unmöglichkeit angenommen werden. Die herrschende Meinung, z. B. Planck,[1] Enneccerus,[2] Titze,[3] Kisch[4] steht auch auf diesem Standpunkt. Diese Ansicht ist aber nach dem BGB. doch nicht so ganz zweifelsohne; denn BGB. § 275 nennt die Unmöglichkeit eine nachträgliche, die nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eingetreten ist. Wann entsteht aber bei einem unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossenen Vertrage das Schuldverhältnis? „Entsteht es denn etwa nicht erst mit Eintritt der Bedingung, sodaß, wenn die Unmöglichkeit vor diesem Zeitpunkt entsteht, auch keine nachträgliche Unmöglichkeit angenommen werden kann? Hierüber ist folgendes zu sagen:

Die Streitfrage, wann bei einem suspensiv bedingten Vertrage das Schuldverhältnis entstehe, näher zu behandeln, dürfte hier nicht am Platze sein. Man mag der Ansicht sein, daß es schon bei Abschluß des Vertrages entstehe oder erst mit Eintritt der Bedingung, nicht abzustreiten ist, das Eine, daß bei suspensiv bedingten Rechtsgeschäften auch schon vor Eintritt der Bedingung eine rechtliche Gebundenheit der Parteien besteht. Denn nicht nur hat von dem Vertragsschlusse an jede Partei nur noch in gleicher Weise ein Rücktrittsrecht, als wenn der Vertrag unbedingt geschlossen worden wäre, sondern

1) Planck a. a. O. § 308 Abs. 2.

2) Enneccerus und Lehmann: „Das BR. I. Band § 191 S 466; 467.

3) Titze a. a. O. S. 53.

4) Kisch a. a. O. S. 26 ff.

von diesem Zeitpunkte an ist auch der Schuldner zur obligationsmäßigen Sorgfalt verpflichtet. Vor allem haftet er gemäß BGB. § 160, wenn durch sein Verschulden das von der Bedingung abhängige Recht vereitelt oder beeinträchtigt wird. Der Anspruch auf Schadensersatz entsteht allerdings für den Forderungsberechtigten erst mit Eintritt der Bedingung. Trotzdem man sieht, daß das Schuldverhältnis doch schon in etwa besteht. So sagt denn Titze[1] auch geradezu: „Da es bei der Unterscheidung von anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung auf den Zeitpunkt der Entstehung des Schuldverhältnisses ankommt, so liegt im Falle des suspensiv bedingten Schuldversprechens, wenn die Leistung nach Vertragsabschluß aber noch vor Eintritt der Bedingung unmöglich wird, nachträgliche nicht anfängliche Unmöglichkeit der Leistung vor. Denn entstanden ist das Schuldverhältnis mit der Errichtung des auf seine Hervorbringung abzielenden Rechtsgeschäfts; von da an datiert die rechtliche Gebundenheit des Schuldners". Diese Gebundenheit der Parteien ist vorhanden gewesen auch wenn die Leistung zwischen Vertragsabschluß und Eintritt der Bedingung unmöglich wird. Erst mit diesem Augenblick hört dieselbe auf. Wäre die Unmöglichkeit eine ursprüngliche, so wäre nach § 306 BGB. der Vertrag nichtig; es könnte also auch von keiner Gebundenheit der Parteien die Rede sein. Weil aber die nach dem Vertragsabschlusse eintretende Unmöglichkeit eine bereits bestehende Wirkung aufhebt, kann sie nur eine nachträgliche sein.

---

1) Titze a. a. O. S. 53.

Dies geht auch noch aus folgendem hervor: § 308 Abs. 2 BGB. bestimmt: „Wird eine unmögliche Leistung unter einer andern aufschiebenden Bedingung oder Bestimmung eines Anfangstermins versprochen, so ist der Vertrag gültig, wenn die Unmöglichkeit vor dem Entritte der Bedingung oder des Termines gehoben wird". Hierzu bemerken die Motive:[1] „Würde die Unmöglichkeit der Leistung vor Eintritt der Bedingung beseitigt, zur Zeit der Erfüllung der Bedingung aber wieder bestehen, so wäre der Vertrag hiernach nicht unwirksam; er müßte vielmehr namentlich in Bezug auf die Folgen einer Verschuldung hinsichtlich der wiedereingetretenen Unmöglichkeit der Leistung allerdings Wirkung äußern". Demnach soll die Unmöglichkeit als nachträgliche angesehen werden, wenn sie beim Abschluß des Vertrages schon vorhanden war, nachher jedoch gehoben wurde, zuletzt aber, vor Eintritt der Bedingung, wieder entstanden ist. Daraus muß man doch folgern, daß sicherlich eine solche Unmöglichkeit als nachträgliche anzusehen ist, die zur Zeit des Vertragabschlusses nicht vorhanden war, sondern erst später, aber vor Eintritt der Bedingung eingetreten ist. Als weiteres Argument hierfür kommt auch noch in Betracht, daß die genannte im § 308 Abs. 2 BGB. für suspensiv bedingte und befristete Verträge aufgestellte Ausnahme von der Regel des § 306 BGB., daß auf eine unmögliche Leistung gerichtete Verträge nichtig sind, nicht nötig gewesen wäre, falls es bei suspensiv bedingten und befristeten Verträgen so wie so schon auf den Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung ankäme.

1) Motive Band II S. 180.

Daß aber überhaupt Zweifel entstanden sind, ob nach BGB. ursprüngliche oder nachträgliche Unmöglichkeit anzunehmen ist, wenn bei suspensiv bedingten und befristeten Verträgen die Unmöglichkeit zwar nach Abschluß des Vertrages aber vor Eintritt der Bedingung oder der bestimmten Zeit eintritt, entspringt dem Umstande, daß, wie oben gesagt, im § 275 BGB. von einer „nach der Entstehung des Schuldverhältnisses" eingetretenen Unmöglichkeit gesprochen wird. Dem stellt aber m. E. mit Recht Ruppert[1] folgendes entgegen: „Das Gesetz behandelt eben hier die Folge der nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung im Allgemeinen ohne Rücksicht darauf, ob ein Rechtsgeschäft oder eine Rechtsvorschrift unmittelbar den Verpflichtungsgrund bildet. Normaler Weise entsteht ja nun auch bei Verträgen das Schuldverhältnis mit dem Vertragsabschluß. Diese allgemeine Fassung bietet darum gar keinen Grund für die Annahme, daß durch den Wortlaut des Gesetzes die Grenze zwischen anfänglicher und nachfolgender Unmöglichkeit für die Ausnahmefälle, in denen Verträge nicht mit ihrem Abschluß wirksam werden, anders geregelt werden sollte, wie für die Regelfälle, wo das Schuldverhältnis mit dem Abschlusse des Vertrags entsteht".

Meines Wissens wird dann auch in diesem Falle ursprüngliche Unmöglichkeit nur angenommen in der Ausgabe des BGB. von Fischer-Henle[2] § 306 Anm. 1: „Es kommt nur darauf an, ob zur Zeit des Vertragsschlusses oder beim Eintritt einer gesetzten Bedingung oder Fristbestimmung die Leistung unmöglich

1) Ruppert a. a. O. S. 17.
2) Fischer und Henle: „BGB."

war", und von Schollmeyer:[3] „Ist eine Suspensivbedingung oder ein Anfangstermin hinzugefügt, und wird die Leistung nachher aber vor Eintritt der Bedingung oder des Anfangstermins unmöglich so liegt ursprüngliche Unmöglichkeit vor". Bei keiner der beiden angeführten Stellen wird aber die vertretene Ansicht begründet. Daß sie aber auch nicht richtig sein kann, geht daraus hervor, daß die Vertreter dieser Ansicht bei § 281 BGB. in Widerspruch mit derselben geraten. § 281 Abs. 1 lautet: „Erlangt der Schuldner in Folge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen". Zu diesem Paragraphen wird bei Fischer-Henle in Anmerkung 4 gesagt: „Auch bei aufschiebend bedingten und betagten Schuldverhältnissen hat der Gläubiger das Recht aus § 281", und doch heißt es in Anmerkung 1, daß die Vorschrift des § 281 nur für den Fall nachträglicher Unmöglichkeit gelte! Ebenso sagt Schollmeyer in Anmerkung 2 zu § 281: „Nach der Entstehung des Schuldverhältnisses muß der die Leistung unmöglich machende Umstand eingetreten sein. Auch ein bedingtes Schuldverhältnis ist vor Eintritt der Bedingung in diesem Sinne schon entstanden". Wenn demnach die Vertreter der Ansicht, daß bei einem aufschiebend bedingten oder befristeten Geschäft ursprüngliche Unmöglichkeit vorliege, wenn die Leistung zwar nach Abschluß des Vertrages, aber vor Eintritt der Bedingung oder des Anfangs-

1) Schollmeyer a. a. O. § 275 Anm. 2b S. 98.

termins eingetreten ist, in den einzelnen Fällen als Ausnahme hiervon daß Gegenteil annehmen müssen, wird doch wohl ausnahmslos nachträgliche Unmöglichkeit, beziehungsweise nachträgliches Unvermögen anzunehmen sein. Man wird demnach zu dem Endresultat kommen, daß in allen Fällen für die Frage, ob bei vertragsmäßigen Schuldverhältnissen ursprüngliche oder nachträgliche Unmöglichkeit, ursprüngliches oder nachträgliches Unvermögen vorliege, der Moment des Vertragsschlusses maßgebend ist.

Dies darf aber nicht so verstanden werden, daß ein Vertrag schon dann auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, wenn diese nur beim Abschluß des Vertrages unmöglich ist. Es muß vielmehr geprüft werden, ob die Leistung in dem Zeitpunkte möglich ist, in welchem sie erfüllt werden soll. So sagt denn auch z. B. Crome[1]: „Ein Schuldverhältnis entsteht nicht, wenn im Augenblick, da es begründet werden soll, gewiß ist, daß die Leistung dann nicht geschehen kann, wenn sie geschehen soll". Ist in diesem Moment die Leistung unmöglich, und war sie es auch schon beim Abschluß des Vertrages, so liegt ursprüngliche Unmöglichkeit, resp. ursprüngliches Unvermögen vor, war sie dagegen beim Vertragsschlusse möglich, dann ist die Unmöglichkeit resp. das Unvermögen nachträglich.

§ 3.

3. Vollständiges und teilweises Unvermögen.

Oft wird der Schuldner die von ihm geschuldete Leistung nur teilweise nicht leisten können. Sein Un-

1) Crome: „System des deutschen BR." § 145 1. S. 33.

vermögen erstreckt sich also nicht auf die ganze Leistung, sondern nur auf einen Teil derselben. Letzteres liegt nicht nur vor, wenn die Leistung nicht vollständig ihrem Gegenstand nach, sondern auch dann, wenn sie nicht am bestimmten Orte oder zur bestimmten Zeit bewirkt werden kann.

I. Ist der Schuldner unvermögend, die Leistung an dem bestimmten Ort zu bewirken, während sonst alle Bedingungen erfüllt sind, so liegt vollständiges Unvermögen vor, wenn die an einem anderen als dem vertragsmäßig bestimmten Orte bewirkte Leistung als eine andere als die geschuldete erscheint, anderenfalls ist die Leistung für den Schuldner nur teilweise subjektiv unmöglich.

II. Dasselbe gilt für den Fall, daß die für die Leistung bestimmte Zeit nicht eingehalten wird. War nach der Absicht der Parteien in einem solchen Falle der bestimmte Zeitpunkt so wesentlich, daß die Leistung nur an diesem erfüllt werden konnte, so ist das Unvermögen ein vollständiges, andernfalls, wenn die Leistung noch nachträglich bewirkt werden kann, ein teilweises. Es wäre allerdings besser in letzterem Falle, wie Treitel[1] richtig bemerkt, „nur von einer Verspätung der Leistung zu sprechen".

III. Die Leistung kann von dem Schuldner ihrem Gegenstand nach nicht vollständig bewirkt werden, während von einem anderen vollständig geleistet werden könnte.

1) Treitel: „Die Unmöglichkeit der Leistung und der Verzug bei Unterlassungsverbindlichkeiten" S. 29.

1. Der Schuldner ist zu einem Tun in diesem Sinne verpflichtet, und zwar ist es nicht nötig, daß er gerade in Person leistet. Soll hierdurch ein Erfolg herbeigeführt werden, so handelt es sich um vollständiges Unvermögen, wenn der Erfolg nicht herbeigeführt werden kann. Dasselbe gilt, wenn der Schuldner zur Vornahme einer einzelnen bestimmten Handlung verpflichtet ist. Dagegen ist nur teilweises Unvermögen anzunehmen, wenn der Schuldner mehrere Handlungen versprochen hat, er aber außerstande ist, alle vorzunehmen, es sei denn, daß jede einzelne Handlung so wesentlich ist, daß die ganze Leistung als unmöglich anzusehen ist, falls auch nur die eine oder andere von ihnen nicht vorgenommen werden kann.

2. Es soll eine Sache übergeben werden oder Eigentum oder ein sonstiges Recht an einer solchen oder einem Rechte begründet werden.

Hier kommt es zunächst darauf an, ob die geschuldete Leistung überhaupt teilbar ist. „Teilbar ist eine Leistung", wie Treitel[1] ausführt, „die unbeschadet von Wesen und Wert in Teile zerlegt werden kann, sodaß jede einzelne Teilleistung qualitativ der ganzen Leistung gleicht, und die Summe aller Teilleistungen die ganze Leistung ergiebt". Dies ist im einzelnen Falle zu untersuchen, und dann kann erst festgestellt werden, ob vollständiges oder teilweises Unvermögen des Schuldners anzunehmen ist. Hier möge nur noch der oben[2] angedeutete Spezialfall besprochen werden, daß jemand

1) Treitel a. a. O. S. 31.
2) § 1 S. 24.

eine individuell bestimmte Sache verkauft, die ihm schon beim Abschluß des Vertrages gestohlen werden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war.

Nach § 433 BGB. ist der Verkäufer einer Sache verpflichtet, „dem Käufer die Sache zu übergeben und Eigentum an der Sache zu verschaffen". Wie nun, wenn die Sache dem Verkäufer schon beim Vertragsschlusse zum Beispiel gestohlen war? Er ist dann zwar imstande, das Eigentum an der Sache zu übertragen; denn nach § 929 und § 931 BGB. kann ja Eigentum dadurch übertragen werden, daß der bisherige Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache, die sich im Besitze eines Dritten befindet, abtritt, und beide darüber einig sind, daß Eigentum übergehen soll, aber er kann dem Käufer die Sache nicht übergeben. Soll hier nur teilweises Unvermögen angenommen werden? Dann müßte doch zunächst die geschuldete Leistung teilbar sein. Dies ist aber meines Erachtens nicht der Fall; denn die Übergabe der Sache oder das Übertragen des Eigentums gleicht jedes einzelne für sich nicht der ganzen Leistung. Die Leistung ist für den Käufer nur dann von Wert, wenn ihm zugleich mit der Übertragung des Eigentums die Sache zu mittelbarem oder unmittelbarem Besitz übergeben wird. Was soll es ihm dann nützen, daß ihm der Herausgabeanspruch gegen eine Person abgetreten wird, die er nicht kennt, vielleicht auch niemals kennen lernen wird? Es sind demnach die beiden Momente der Leistung, Übergabe der Sache und Eigentumsübertragung, so eng miteinander verknüpft, daß die Leistung unteilbar ist,

also auch von einem teilweisen Unvermögen keine Rede sein kann.

Liegt denn aber überhaupt hier Unvermögen vor? Der Verkäufer kann nicht leisten, weil er die Sache nicht besitzt, also auch nicht übergeben kann. Die Leistung ist für ihn wie gesagt vollständig unausführbar. Es kann aber auch kein anderer die Leistung bewirken. Der Dieb oder ein anderer Besitzer der Sache kann zwar die Sache übergeben, aber kein Eigentum an derselben übertragen. Denn die Paragraphen 932 bis 934 BGB., nach welchen der gutgläubige Erwerber auch dann Eigentum erwirbt, wenn der Veräußerer nicht Eigentümer ist, finden gemäß § 935 BGB. keine Anwendung, da die Sache ja dem Eigentümer gestohlen worden ist, es sei denn, daß es sich um Geld, Inhaberpapier oder in öffentlicher Versteigerung veräußerte Sachen handelt oder daß bei einer verlorenen Sache schon ein Dritter nach den für den Fund geltenden Regeln Eigentum erworben hat. Doch mag hiervon abgesehen werden. Da nun aber, wie oben gesagt, die Leistung unteilbar ist, also teilweises Unvermögen nicht vorliegen kann, so ist auch für jeden Dritten die Leistung unausführbar. Wenn aber nicht nur von dem Schuldner, sondern auch von jedem Dritten die Leistung nicht bewirkt werden kann, muß Unmöglichkeit der Leistung angenommen werden. Wir kommen also zu folgendem Resultat: Hat jemand eine individuell bestimmte Sache verkauft, ist ihm aber diese Sache schon zur Zeit des Vertragsabschlusses gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen, so liegt ein Fall von ursprünglicher Unmöglichkeit der Leistung vor.

IV. Da in den Fällen, daß der Schuldner zu einem Unterlassen oder einem Dulden verpflichtet ist, und er nicht leisten kann, wie oben[1] gezeigt wurde, Unmöglichkeit der Leistung angenommen werden muß, so braucht hier auf diese Fälle nicht eingegangen zu werden.

§ 4.

II. Einfluß des ursprünglichen Unvermögens auf das Zustandekommen eines Vertrages.

Bei ursprünglichem Unvermögen ist, wie aus den Begriffsbestimmungen folgt, derjenige, welcher eine Leistung verspricht, schon bei Abschluß des Vertrages nicht imstande, diese Leistung zu bewirken, während ein anderer sie bewirken könnte. Es wird nun zunächst zu untersuchen sein, ob unter diesen Umständen überhaupt ein gültiger Vertrag zustande kommt. Das Gesetzbuch enthält wie gesagt, über das ursprüngliche Unvermögen bei vertragsmäßigen Schuldverhältnissen keine ausdrückliche Bestimmungen, also auch nicht darüber, ob bei denselben ein gültiger Vertrag zustande kommt. Es muß daher versucht werden, auf irgend eine Weise hier zu einem befriedigenden, dem Sinne des Gesetzes entsprechenden Resultat zu kommen. Wie meist, wenn das Gesetz ausdrückliche Bestimmungen nicht enthält, gehen hier die Ansichten der Schriftsteller auseinander. Die einen behaupten, daß trotz des ursprünglichen Unvermögens ein vollkommen gültiger Vertrag geschlossen

1) § 1 ad 4 S. 28, 29.

worden sei, die anderen, die allerdings die Minderheit bilden, bestreiten dies. Wir wollen sehen, welche Ansicht wohl die richtige ist und versuchen, die entgegenstehende Ansicht zu widerlegen.

§ 306 BGB. bestimmt: „Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig". Zu diesem Paragraphen, dem gekürzten § 344 des I. Entwurfes, bemerken die Motive:[1] „Verstanden ist die anfängliche (objektive) Unmöglichkeit, nicht auch das subjektive Unvermögen". Um dieses erkennen zu können hätte es eines ausdrücklichen Hinweises der Motive wohl kaum bedurft; denn daß im § 306 BGB. nur die objektive Unmöglichkeit gemeint ist, folgt doch wohl schon aus dem Sprachgebrauch des Gesetzbuches von selbst. Das Gesetzbuch unterscheidet, wie aus dem § 275 hervorgeht, zwischen „Unmöglichkeit" und „Unvermögen". Wenn aber eine solche sprachliche Unterscheidung gemacht worden ist, so ist dies sicherlich nicht ohne Grund geschehen. Der Grund ist und kann nur der sein, daß ein Fall grundsätzlich verschieden behandelt werden soll, jenachdem Unvermögen oder Unmöglichkeit vorliegt. Dies geht mit Sicherheit daraus hervor, daß das Gesetz, wenn es beiden gleiche Wirkung zugeschrieben wissen will, dies ausdrücklich hervorhebt. § 275 Abs. 2 BGB. bestimmt nämlich: „Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträgliche Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich". Wo demnach das Gesetz Bestimmungen über nachträgliche Unmöglichkeit trifft, soll darunter auch das

1) Motive Band II S. 176.

nachträgliche bloße Unvermögen des Schuldners mit verstanden sein. Dieses gilt aber nur für das nachträgliche Unvermögen und die nachträgliche Unmöglichkeit. Wie ist aber mit dem ursprünglichen Unvermögen? Wenn im § 306 BGB. ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag für nichtig erklärt wird, und unter einer „unmöglichen Leistung" nur eine objektiv unmögliche Leistung verstanden werden soll, so folgt durch argumentum e contrario, daß ein auf eine subjektiv unmögliche Leistung gerichteter Vertrag gültig ist, wenn nicht im Gesetz selbst die Ungültigkeit desselben ausdrücklich ausgesprochen wird, oder wenn nicht die Regel des § 306 BGB. kraft Gesetzesbestimmung auch bei ursprünglichem Unvermögen Anwendung finden soll. Aber weder das Eine noch das Andere ist geschehen. Man kann daher wohl nur zu dem Resultat kommen: Ein Vertrag kommt gültig zustande, obgleich der Schuldner schon bei Abschluß des Vertrages unvermögend ist, die versprochene Leistung zu bewirken.

So sagen denn auch die Motive: „Aus dem Grundsatze, daß das bloß subjektive Unvermögen des Schuldners die Gültigkeit des Vertrages unberührt läßt, beantwortet sich auch die . . . Frage, ob ein Vertrag über die Veräußerung einer nicht existierenden Forderung nichtig ist". Was den Nachsatz dieser Bemerkung anbetrifft, so ist darüber ja schon oben[2] die Rede gewesen, und ist derselbe ohne Bedeutung für die hier zu beantwortende Frage. Von Wichtigkeit ist hier nur, daß die Motive von einem

1) Motive Band II. S. 177.
2) § 1 S. 27.

solchen Vertrage als von einem gültigen sprechen. Krug[1] behauptet nun, daß die Motive für die Entscheidung der Frage über die Gültigkeit des Vertrages bei ursprünglichem Unvermögen „keinen Anhaltspunkt geben könnten". Um dieses zu beweisen, führt er folgendes aus: „Einmal befanden sich die Redaktoren selbst im Irrtum über die Tragweite des Begriffes „subjektives Unvermögen", denn sonst hätte nicht der . . . Satz in den Motiven Aufnahme finden können, nach welchem schlechthin von nicht existierenden Forderungen gesagt wird, ihr Verkauf begründe nur ein subjektives Unvermögen."[1] Aber ist dies denn unzweifelhaft nicht richtig? Beim Verkauf einer nicht existierenden Forderung nimmt allerdings, wie oben[2] ausgeführt wurde, meines Erachtens auch mit Recht die Mehrzahl objektive Unmöglichkeit an. Dieses ist aber doch bestritten, und die Motive haben sich eben der unter andern besonders von Jhering vertretenen Ansicht angeschlossen. Wenn dann die Motive, sich dieser Meinung anschließend, bei dem Verkauf einer nicht bestehenden Forderung subjektive Unmöglichkeit annehmen, so kann man doch wohl nicht, weil man selbst anderer Ansicht ist, den Motiven jede Beweiskraft abstreiten wollen, da „die Redaktoren selbst im Irrtum über die Tragweite des Begriffes subjektives Unvermögen waren".

Weiter ist aber auch noch die Stelle der Motive Band II S. 45 zu beachten: „Ein solches subjektives Unvermögen ist weder als ein bei der Entstehung des Schuldverhältnisses, noch als ein nachträglich eintretendes

1) Krug: „Das unverschuldete Unvermögen zu einer versprochenen Leistung" S. 37.

2) § 1 S. 26 ff.

von Einfluß auf die Verbindlichkeit des Schuldners. Auch das entspricht dem geltenden Recht". Auch diese Stelle der Motive bemängelt Krug,[1] indem er behauptet, daß die Motive sich hierdurch hinsichtlich des nachträglich eintretenden Unvermögens geradezu in Widerspruch setzten mit der Lehre des gemeinen Rechts, da dieses doch bei nachträglich eintretender subjektiver Unmöglichkeit den Schuldner frei werden lasse, wenn die Unmöglichkeit ohne sein Verschulden entstehe. Gewiß, dies ist im gemeinen Recht der Fall, vgl. z. B. Windscheid:[2] „Bei der nachfolgenden Unmöglichkeit kommt es nicht darauf an, ob sie eine objektive oder eine subjektive ist, sondern darauf, ob den Schuldner in Betreff derselben eine Schuld trifft oder nicht. Trifft ihn eine Schuld nicht, so ist er frei . . ." Aber auch das BGB. hat diese Bestimmung, indem gemäß § 275 das nachträglich eintretende Unvermögen den Schuldner befreit, wenn dasselbe auf einem Umstande beruht, den er nicht zu vertreten hat. Demnach hätte Krug Recht; denn die Motive stellten eine Behauptung auf, durch die sie sich nicht nur mit der Lehre des gemeinen Rechts, sondern sogar mit einer positiven Bestimmung des BGB. selbst in Widerspruch setzten. Zu einer solchen Auffassung kann man aber nur dann kommen, wenn man die zitierte Stelle der Motive allein ins Auge faßt. Die Motive wollen aber an dieser Stelle nur den allgemeinen Grundsatz aufstellen, daß ursprünglich vorhandenes und nachträglich eintretendes Unvermögen zunächst keine Wirkung haben, sondern daß alles so angesehen werden soll, als wenn kein Unvermögen vorliege.

1) Krug a. a. O. S. 37.
2) Windscheid a. a. O. S. 82.

Von dieser allgemeinen Regel schafft aber § 275 BGB. eine Ausnahme, und diese berücksichtigen auch die Motive, indem sie im Zusammenhang mit der angeführten Stelle fortfahren: „Eine abweichende Behandlung erfordert nur der im zweiten Absatz des § 237 — § 275 BGB. — hervorgehobene Fall, daß ein in sich d. h. individuell bestimmter Gegenstand zu leisten ist, und der Schuldner infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes nachträglich außerstand gesetzt wird, denselben zu leisten". Hierdurch stehen die Motive doch wohl vollständig im Einklang, sowohl mit der Lehre des gemeinen Rechts, als auch des Gesetzbuches selbst. Die Behauptung Krugs entbehrt daher jeder Begründung, und er kann sich der von ihm bemängelten Stellen nicht bedienen, um den Motiven Ungenauigkeit und Unzuverlässigkeit vorzuwerfen. Im Gegenteil, nimmt man die beiden genannten Stellen der Motive zusammen, so können auch sie nur dazu führen, die Richtigkeit der Ansicht zu beweisen, daß bei ursprünglichem Unvermögen doch ein gültiger Vertrag zustande kommt. Denn wenn grundsätzlich weder ursprüngliches noch nachträgliches Unvermögen von Einfluß auf die Verbindlichkeit sein sollen, weiter aber dann, als Ausnahme von diesem Grundsatze, dem nachträglichen Unvermögen in einem genau bestimmten Falle eine den Schuldner befreiende Kraft zugeschrieben wird, so bestätigt diese Ausnahme eben nur die Regel: „Das ursprüngliche Unvermögen hat keine Wirkung, der Vertrag ist ebenso gültig, als wenn das Unvermögen nicht vorliege".

Auch das Reichsgericht[1] folgt dieser Auffassung: „ . . . Wenn aber eine fremde Sache verkauft wird, und

1) Seufferts „Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten" Band 49 No. 12 S. 19.

der Verkäufer dieselbe nur deshalb nicht liefern kann, weil er sich in der Erwartung, daß ein Dritter ihn zur Erfüllung seiner Verpflichtung in den Stand setzen werde, getäuscht sieht, so liegt für den Verkäufer nicht . . . eine objektive, sondern nur eine subjektive Unmöglichkeit der Leistung vor, die nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Entstehung des Anspruchs des Käufers aus dem Vertrage nicht hindert". Ferner:[1] „Die Gültigkeit des Vertrages, wodurch jemand sich zu einer nur ihm unmöglichen Leistung verpflichtet (subjektive Unmöglichkeit), ist auch nach BGB. nicht zu beanstanden; denn der § 306, der einen auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrag für nichtig erklärt, betrifft unstreitig nur den Fall der objektiven Unmöglichkeit".

Damit folgt das Reichsgericht der von der Mehrzahl der Schriftsteller vertretenen Ansicht; vgl. z. B Cosack:[2] „Demnach kann ein Rechtsgeschäft vollgültig sein, auch wenn die Leistung, auf die es abzielt, für den Schuldner von Anfang an subjektiv unmöglich ist". Ebenso schließt Planck:[3] „Aus dem Mangel einer Vorschrift über die Folgen einer bereits bei der Entstehung des Schuldverhältnisses bestehenden subjektive Unmöglichkeit" darauf, „daß eine solche Unmöglichkeit keine rechtlichen Folgen hat. Das Schuldverhältnis besteht also trotz dieser Unmöglichkeit. Der auf eine subjektiv unmögliche Leistung gerichtete Vertrag ist gültig." Vgl. auch noch Ende-

1) Seufferts Archiv: Band 56 No. 244 S. 440; 441.

2) Cosack: ‚Lehrbuch des deutschen BR. auf der Grundlage des BGB." I. Band S. 353.

3) Planck a. a. O. S. 47 unter Anm. 3 a.

mann:[1] „Ist die Leistung von Anfang an objektiv möglich, der Schuldner aber zu ihrer Bewirkung unvermögend, so liegt ein wirksamer Schuldvertrag vor". Die Gültigkeit des Vertrages erkennt auch Titze[2] an, der mit der herrschenden Meinung, wie sich später zeigen wird, nicht in allen andern Punkten übereinstimmt. Er sagt: „In Ansehung dieser Art von Unmöglichkeit — gemeint ist, wie aus dem Zusammenhange ersichtlich, die subjektive Unmöglichkeit — der Leistung hat nun das Gesetzbuch ausdrückliche Bestimmungen überhaupt nicht getroffen. Daraus folgt im Hinblick auf das im § 306 enthaltene argumentum e contrario mit zweifelloser Sicherheit jedenfalls das Eine: „Der auf eine subjektiv unmögliche Leistung gerichtete Vertrag ist nicht nichtig, sondern, wenn nicht gerade andere Hinderungsgründe entgegenstehen, in aller Regel gültig". Vgl. auch Schollmeyer,[3] Enneccerus,[4] Mairing,[5] Örtmann,[6] Crome,[7] Biermann.[8] Die beiden Letzgenannten leiten die Gültigkeit eines auf eine sub-

1) Endemann: „Einführung in das Studium des BGB." I. Band § 124 1. d. S. 695.

2) Titze a. a. O. S. 247.

3) Schollmeyer a. a. O. § 306 Anm. 1.

4) Enneccerus und Lehmann: „Das BR" I. Band „Einleitung, Allgemeiner Teil, Schuldverhältnisse" von Enneccerus § 278 II. a S. 439.

5) Mayring in Staudinger „Kommentar zum BGB. für das deutsche Reich nebst Einführungsgesetz" II. Band. Recht der Schuldverhältnisse, Vorbemerkungen zu §§ 275—283 II. 1. S. 36.

6) Oertmann: „Das Recht der Schuldverhältnisse" S. 57.

7) Crome: „System des deutschen BR." II. Band. Recht der Schuldverhältnisse

8) Biermann „Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung im BR." im „Archiv für die Civilistische Praxis" 91. Band.

jektiv unmögliche Leistung gerichteten Vertrages durch Analogie aus dem BGB. selbst her. Weil diese Behandlung der Frage von der bisher ausgeführten Art so abweichend ist, möge sie hier näher besprochen werden. Biermann[1] sagt: „Nach § 2169 ist das Vermächtnis eines bestimmten Gegenstandes, soweit der Gegenstand zur Zeit des Erbfalles nicht zur Erbschaft gehört, unwirksam, es sei denn, daß der Gegenstand dem Bedachten auch für den Fall zugewendet sein soll, daß er nicht zur Erbschaft gehört. In diesem letzteren Fall ist das Vermächtnis also begründet, denn der § 2170 bestimmt in Abs. 1 weiter, daß der Beschwerte den Gegenstand dem Bedachten zu verschaffen hat. Wie nun, wenn diese Leistung subjektiv unmöglich ist? „„Ist der Beschwerte zu Verschaffung außerstande"" — so lautet § 2170 Abs. 2 — „„so hat er den Wert zu entrichten"". Das Schuldverhältnis besteht also auch dann, wenn die Leistung zur Zeit seiner Entstehung subjektiv unmöglich ist. Es besteht dagegen nach § 2171 nicht, wenn die Leistung objektiv unmöglich ist. Schuldverhältnisse, welche auf letztwilligen Verfügungen beruhen, werden also verschieden behandelt, jenachdem die Leistung zur Zeit ihrer Entstehung objektiv oder subjektiv unmöglich ist. Da nun das BGB. das auf Vertrag beruhende Schuldverhältnis dem auf Vermächtnis beruhenden für den Fall, daß die Leistung objektiv unmöglich ist, vollkommen gleichstellt, andererseits die Wirkung der subjektiven Unmöglichkeit garnicht erwähnt, so erscheint die analoge Anwendung der Behandlung der auf letztwilliger Verfügung beruhenden Schuldverhältnisse

1) Biermann a. a. O. S. 95 u. 96.

auf vertragsmäßige doch wohl vollkommen gerechtfertigt." Gewiß, es hat ja manches für sich, daraus, daß ein Vermächtnis trotz ursprünglichen Unvermögens gültig ist, darauf schließen zu wollen, daß auch ein Vertrag gültig abgeschlossen wird, wenn auch schon zur Zeit des Vertragsschlusses der Schuldner unvermögend ist, zu leisten; aber hierbei ist folgendes zu bedenken. Man könnte vielleicht sagen: Dadurch, daß das BGB. ein Vermächtnis trotz Vorliegens ursprünglichen Unvermögens ausdrücklich für gültig erklärt, dagegen für ursprüngliches Unvermögen bei vertragsmäßigen Schuldverhältnissen keine Regel aufstellt, folgt durch argumentum e contrario, daß es einen solchen Vertrag als nichtig angesehen wissen will. Dem ist aber nicht so, sondern der Grund dafür, daß die Gültigkeit eines Vermächtnisses trotz ursprünglichen Unvermögens noch besonders hervorgehoben wird, ist folgender: Wenn die Vorschriften des § 2170 Abs. 2 BGB. nicht im Gesetzbuch enthalten wären, müßte der Beschwerte, weil trotz des Unvermögens bei der Begründung des Schuldverhältnisses dieses gültig ist, dem allgemeinen, später[1] ausgeführten Grundsatze zufolge, dem Bedachten vollen Schadensersatz wegen Nichterfüllung leisten. Dies würde aber für den Beschwerten eine unverdiente Härte sein; denn er hat doch den Inhalt des Schuldverhältnisses hier nicht wie bei vertragsmäßigen Schuldverhältnissen selbst bestimmt, sondern allein der Wille des Erblassers verpflichtet ihn. Man wollte deshalb den Beschwerten auch nicht so sehr haften lassen und bestimmte daher im § 2170 Abs. 2, daß der Beschwerte nur den „Wert" des Vermachten zu entrichten habe,

1) § 6.

demnach braucht er weiteren Schaden nicht zu ersetzen. Die Bestimmung des § 2170 Abs. 2 mußte also in das Gesetzbuch aufgenommen werden, nicht weil hier ausnahmsweise das Schuldverhältnis trotz ursprünglichen Unvermögens entstehen sollte, denn das ist immer der Fall, sondern um die Haftung des Leistungspflichtigen zu beschränken, daß er hier nur den Wert des vermachten Gegenstandes zu entrichten hat, in den anderen Fällen dagegen vollen Schadensersatz leisten muß. Bemerkenswert ist, wie Crome[1] auf die Gültigkeit eines auf eine subjektiv unmögliche Leistung gerichteten Vertrages schließt. „Bei Gattungsschulden ist der Mangel an Leistungsmitteln schon nach § 279 BGB. zu vertreten, der Vertrag also gültig. Bei anderen Schulden muß dasselbe angenommen werden, wenn der Schuldner nach den Verkehrsgrundsätzen unbedingt dafür einzustehen hat, daß er die übernommene Leistung zu bewirken imstande ist". Daß die im § 279 BGB. für das Unvermögen bei Gattungsschulden getroffene Regelung sich sowohl auf das ursprüngliche, wie auf das nachträgliche Unvermögen bezieht, erhellt aus dem Wortlaut des Paragraphen selbst. Denn während der § 275 BGB. ausdrücklich nur von „nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretender Unmöglichkeit" und „nachträglich eintretendem Unvermögen" spricht, und es weiter im § 280 BGB. heißt: „Soweit die Leistung . . . unmöglich wird", was doch auch auf eine nachträgliche Unmöglichkeit hinweist, enthält § 279 BGB. keine Hindeutung, weder auf ein nachträgliches, noch auf ein ursprüngliches Unvermögen. Er bestimmt einfach: „Der Schuldner hat sein Un-

1) Crome a. a. O. § 166 I. 2. S. 160.

vermögen zu vertreten." Damit ist nach Cromes Ansicht die Gültigkeit des Vertrages, der auf Leistung eines nur der Gattung nach bestimmten Gegenstandes gerichtet ist, trotz ursprünglichen Unvermögens anerkannt. Ist aber eine Speziessache Gegenstand des Leistungsversprechens, so soll nach Crome der Vertrag nur dann bei ursprünglichem Unvermögen gültig sein, „wenn der Schuldner nach den Verkehrsgrundsätzen unbedingt dafür einzustehen hat, daß er die übernommene Leistung zu bewirken imstande ist". Ob und inwieweit der Schuldner bei Speciesschulden für die Erfüllung der übernommenen Verpflichtung haftet, wenn ursprüngliches Unvermögen vorliegt, ist an einer späteren Stelle[1] zu untersuchen. Hier ist die Frage zu entscheiden, ob das Gesetz, während der Schuldner bei Gattungssachen sein ursprüngliches Unvermögen immer zu vertreten haben soll, und somit ein gültiger Vertrag zustande kommt, bei Speziesschulden den Vertrag nur dann gültig ansehen will, wenn der Schuldner sein ursprüngliches Unvermögen zu vertreten hat. Meines Erachtens kommt auch bei Speziesschulden trotz ursprünglichen Unvermögens immer ein gültiger Vertrag zustande, ohne Rücksicht darauf, ob der Schuldner sein Unvermögen zu vertreten hat oder nicht. Um letztere Unterscheidung zu machen, hätte es wohl einer positiven Gesetzesbestimmung bedurft, wie es beim nachträglichen Unvermögen ja hinsichtlich der Befreiung des Schuldners geschehen ist. Diese fehlt aber beim ursprünglichen Unvermögen. Also wird auch bei anderen als Gattungs-

1) § 5 und 6.

schulden immer das Zustandekommen eines gültigen Vertrages anzunehmen sein, trotz ursprünglichen Unvermögens.

Entgegen dieser von der Mehrzahl vertretenen Ansicht behaupten nun einige Schriftsteller, daß der auf eine subjektiv unmögliche Leistung gerichtete Vertrag nichtig sei. Zunächst sei hier Stammler[1] angeführt. Dieser nimmt grundsätzlich in allen Fällen subjektiver Unmöglichkeit Nichtigkeit des Vertrages an. Er führt auf S. 107 folgendes aus: „Während es aber bei der ursprünglichen Unmöglichkeit nach der herrschenden Ansicht des gemeinen Rechts nur auf dem Gegensatz der objektiven (absoluten) und der subjektiven (relativen) Unmöglichkeit ankommt, hat das GB. hier eine Änderung dahin getroffen, daß bei einer Unmöglichkeit der Leistung, die „gehoben werden kann", Gültigkeit des Vertrages doch nur dann eintritt, wenn entweder ein suspensiv bedingtes oder befristetes Geschäft vorlag und während des Schwebens der condicio oder des dies die Unmöglichkeit wirklich gehoben wird, oder aber, wenn der Vertrag für den Fall der eintretenden Möglichkeit von vornherein geschlossen worden ist. In allen anderen Fällen einer nur subjektiven Unmöglichkeit der Leistung ist der darauf gerichtete Vertrag nichtig". Stammler interpretirt hier die §§ 308 und 306 BGB. Er hat hierbei völlig außeracht gelassen, daß das BGB. unter Unmöglichkeit nur die objektive Unmöglichkeit versteht, und nur wo es von nachträglicher Unmöglichkeit

1) Stammler: „Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Studien zum BGB. für das deutsche Reich."

spricht, das nachträgliche Unvermögen darunter mitverstanden wissen will. So kommt denn Stammler auch zu seiner unrichtigen Ansicht, daß ein auf eine subjektiv unmögliche Leistung gerichteter Vertrag immer nichtig sei; daß diese Unmöglichkeit aber gemäß § 308 BGB. der Gültigkeit des Vertrages nicht im Wege stehe, „wenn sie gehoben werden kann, und der Vertrag für den Fall geschlossen ist, daß die Leistung möglich wird" und ferner dann, „wenn die Leistung unter einer anderen aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins" versprochen worden ist, falls „die Unmöglichkeit vor dem Eintritte der Bedingung oder des Termins gehoben wird". Diese Bestimmungen beziehen sich aber nur auf die ursprüngliche objektive Unmöglichkeit und lassen das ursprüngliche subjektive Unvermögen ganz außer Betracht. Das BGB. unterscheidet daher nicht wie Stammler irrtümlicher Weise annimmt, folgende drei Fälle:

1. ursprüngliche objektive Unmöglichkeit: Der Vertrag ist nichtig;

2. ursprüngliche subjektive Unmöglichkeit: Der Vertrag ist grundsätzlich nichtig;

3. ursprüngliche subjektive Unmöglichkeit: Der Vertrag ist gültig, wenn eine der Voraussetzungen des § 308 BGB. gegeben ist.

Nein, ebenso wie im gemeinen Recht hindert subjektives Unvermögen nie das Zustandekommen eines gültigen Vertrages; grundsätzlich dagegen die objektive Unmöglichkeit, wenn nicht eine der Ausnahmen des § 308 BGB. vorliegt. Diese Ausnahmen hatte aber

auch das gemeine Recht schon vgl. z B. Mommsen.[1] „Abgesehen von diesen Fällen ist der auf eine unmögliche Leistung gerichtete Vertrag gültig, wenn demselben eine auf Beseitigung des entgegenstehenden Hindernisses gerichtete Bedingung hinzugefügt ist". Die Fälle aber, von denen nach Mommsen abgesehen werden muß, sind, „daß die Unmöglichkeit eine solche ist, bei welcher jede Aussicht auf Beseitigung des Hindernisses ausgeschlossen ist" oder „daß es gegen die guten Sitten wäre, auf Aufhebung derselben zu rechnen". In diesen Fällen kann auch die hinzugefügte Bedingung die Nichtigkeit des Vertrages nicht hindern.

Der Hauptverfechter der Ansicht, daß der Vertrag, der auf eine subjektiv unmögliche Leistung gerichtet ist, nichtig sei, ist Krug.[2] Er wirft vor allem den Motiven, welche in Band II S. 45 und S. 177 den auf eine subjektiv unmögliche Leistung gerichteten Vertrag für gültig erklären, Ungenauigkeit und Unzuverlässigkeit vor. Deshalb könne man aus deren Ansicht keinen sicheren Schluß ziehen. Daß aber dieser Vorwurfs Krugs unbegründet ist, wurde oben[3] schon näher ausgeführt. Auch die sonstigen Gründe Krugs reichen nicht aus, seine Ansicht als richtig erscheinen zu lassen und sind von Kleineidam[4] widerlegt worden, sodaß hier darüber hinweggegangen werden kann, weil es zuweit führen würde, die Gründe und Gegengründe

1) Mommsen a. a. O. § 16 S. 150.
2) Krug a. a. O. S. 37.
3) § 4 S. 45 ff.
4) Kleineidam: „Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre des BGB." in Iherings „Jahrbücher für die Dogmatik des BR." II. Folge, VII. Band 1. Heft II. S. 130 ff.

einzeln durchzusprechen. Es sollte nur der gegen die Motive gerichtete Vorwurf, weil am schwersten wiegend, angeführt und zu widerlegen versucht werden.

Als letzter, welcher die Nichtigkeit des Vertrages bei ursprünglichem Unvermögen annimmt, möge Dernburg[1] genannt werden. Er will objektive und subjektive Unmöglichkeit gleich behandelt haben. Nach seiner Ansicht besteht „der Unterschied vom Falle der objektiven Unmöglichkeit nur darin, daß der Gläubiger, wenn das Geschäft wegen Unvermögens des Schuldners unausführbar ist, einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse erlangt, also nicht bloß auf das negative Interesse verwiesen ist". Die Frage, was der Schuldner zu leisten hat, ist erst später[2] zu erörtern. Hier soll nur versucht werden, die Ansicht Dernburgs zu widerlegen. Wenn Dernburg zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit nur den genannten Unterschied hinsichtlich der Schadensersatzpflicht gemacht wissen will, dagegen in allen anderen Punkten objektive und subjektive Unmöglichkeit gleichgestellt wissen will, wäre der auf eine subjektiv unmögliche Leistung gerichtete Vertrag auch nach § 306 nichtig. Dem aber ist folgendes entgegen zu halten. Nach § 307 BGB. hat derjenige, der bei Schließung eines auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrages die Unmöglichkeit kennt oder kennen muß, während der andere dieselbe ohne Fahrlässigkeit nicht kennt, wegen culpa in contrahendo

---

1) Dernburg: „Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des deutschen Reichs und Preußens" Erste Abteilung, Allgemeine Lehren. § 61 II. S. 131 und 132.

2) § 6.

das negative Vertragsinteresse zu leisten, niemals aber das positive Interesse zu ersetzen. Wenn nun aber Dernburg selbst in dem einem Falle positives, in dem andern negatives Vertragsinteresse ersetzt wissen will, so folgt doch daraus, daß für beide wohl ein anderer Grund der Ersatzpflicht vorliegen muß Es geht doch nicht an, nur auf einen von zwei Fällen, die beide unter die Vorschrift des einen § 306 BGB. fallen sollen, die Vorschriften des § 307 BGB. anwenden zu wollen, obschon dieser Paragraph doch von den nach § 306 BGB. nichtigen Verträgen ohne Ausnahme handelt, und für den anderen Fall Regeln aufzustellen, die nicht im Gesetz enthalten sind. Man wird also doch dazu kommen müssen, daß in dem Falle, wo im Gegensatz zu § 307 BGB. positives Interesse zu erstatten ist, dieser Vertrag nicht unter die Vorschrift des § 306 BGB. fällt, also gültig ist, im Falle, daß negatives Interesse zu leisten ist, Nichtigkeit des Vertrages anzunehmen ist. Somit dürfte es wohl gelungen sein, den Beweis zu erbringen, daß ein Vertrag, obschon der Schuldner schon bei Abschluß desselben unvermögend ist, zu leisten, doch vom Gesetz als gültig angesehen wird.

Man könnte nun die Frage aufwerfen, warum denn aber das Gesetzbuch ursprüngliche objektive und subjektive Unmöglichkeit so verschieden behandelt wissen will. Wenn im § 306 BGB. ein auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichteter Vertrag für nichtig erklärt ist, so liegt der Grund darin, daß es doch widersinnig wäre, einen Vertrag über eine Leistung als gültig ansehen zu wollen, während es doch feststeht, daß die Leistung nicht bewirkt werden kann weder von dem Schuldner selbst noch von einem

Dritten. Es würde doch ein Widerspruch in sich selbst sein, jemanden verpflichten zu wollen, etwas überhaupt unmögliches zu leisten. Dieser Grund fällt aber beim subjektiven Unvermögen fort. Hier ist es wohl möglich, daß der Schuldner die ihm obliegende Leistung wird bewirken können, oder daß ein anderer statt des Schuldners den Gläubiger befriedigt, ohne daß der Inhalt der Obligation verändert wird. Ein stichhaltiger Grund, beim Vorliegen ursprünglichen Unvermögens den Vertrag für nichtig zu erklären, ist demnach nicht vorhanden. Vgl ferner Kleineidam:[1] „Das Unvermögen des Schuldners ist . . . . — etwas von der Unmöglichkeit begrifflich durchaus verschiedenes und hindert an sich die vertragsmäßige Erfüllung gar nicht, da jeder Dritte erfüllen kann, ohne daß die Identität der Leistung berührt wird. Der innere Grund der Nichtigkeit des auf die unmögliche Leistung gerichteten Vertrages trifft also hier bei der von schuldnerischem Unvermögen betroffenen Leistung nicht zu. Ohne eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung kommen wir also nicht dazu, den § 306 auf unsern Fall analog anzuwenden". Diesen Ausführungen Kleineidams setzt nun Krug[2] zwei Einwendungen entgegen: „Ist denn aber diese begriffliche Verschiedenheit von Unmöglichkeit und Unvermögen nicht auch dann vorhanden, wenn Unmöglichkeit und Unvermögen nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintreten? Kann nicht auch bei nachfolgendem Unvermögen die Leistung, ohne daß ihre Identität berührt wird, von einem Dritten

1) Kleineidam: „Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB für das deutsche Reich." S. 46.

2) Krug a. a. O. S. 45.

vorgenommen werden? Und doch ist das nachfolgende Unvermögen der nachträglichen Unmöglichkeit im Prinzip gleichgestellt". Diese Einwürfe Krugs sind nicht unberechtigt. Wir wollen deshalb Kleineidam[1] selbst sprechen lassen, was er zu seiner Rechtfertigung vorbringt: „Dem ist zu erwidern, daß der Gesetzgeber natürlich in gewissen Fällen von der begrifflichen Verschiedenheit gar wohl absehen kann. Und das hat er eben bei den nachfolgenden Erfüllungshindernissen getan". Daß zwischen Unvermögen und Unmöglichkeit eine begriffliche Verschiedenheit besteht, wird doch niemand leugnen können. Damit ist aber doch nicht gesagt, daß sie auch immer verschieden behandelt werden müssen. Dies sollte ja eigentlich die Regel sein; aber dennoch kann von dieser Verschiedenheit abgesehen werden, und für Unvermögen und Unmöglichkeit können gleiche Bestimmungen getroffen werden. Dazu bedarf es aber einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift. Wenn dies für nachträgliche Unmöglichkeit und nachträgliches Unvermögen geschehen ist, so darf man nicht weiter gehen, und die für die ursprüngliche Unmöglichkeit gegebenen Vorschriften auf das ursprüngliche Unvermögen mit beziehen wollen. So fährt denn auch Kleineidam fort: „Ich habe ja selbst . . . . schon . . . . . vertreten, daß bereits schon das schuldnerische Unvermögen einen gewissen Widerspruch in das Schuldverhältnis hineinbringt. Und dieser Widerspruch mag dem Gesetzgeber ein Motiv abgegeben haben, ganz oder teilweise das Unvermögen in seiner Wirkung der

1) Kleineidam: „Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre des BGB." Iherings Jahrbücher II Folge VII. Band 1. Heft II. S. 131.

Unmöglichkeit gleich zustellen. Das kommt aber doch nicht in Betracht, wo das Gesetz selbst eine derartige Gleichstellung nicht ausgesprochen hat".

III. Haftung desjenigen, der schon bei Abschluß des Vertrages unvermögend ist zu leisten.

§ 5.

1. Muß er sein Unvermögen immer vertreten?

Wie im letzten Paragraphen gezeigt wurde, kommt nach richtiger Auffassung ein gültiger Vertrag zustande, obgleich schon beim Abschluß desselben der Schuldner unvermögend ist, zu leisten. Aus diesem Vertrage ist der Gläubiger nun berechtigt, von dem Schuldner die versprochene Leistung zu fordern. Weil der Schuldner aber unvermögend ist, zu leisten, kann der Gläubiger nicht das erhalten, was ihm gebührt. Muß nun der Schuldner den Gläubiger in die Lage versetzen, wie wenn das Unvermögen nicht vorhanden wäre? Mit andern Worten: Muß er dem Gläubiger den durch das Nichtleistenkönnen entstehenden Schaden ersetzen? Das Gesetz trifft auch hierüber keine besonderen Bestimmungen. Es wären drei Möglichkeiten denkbar:

1. der Schuldner braucht den Schaden nie zu ersetzen; oder

2. er muß ihn immer ersetzen; oder

3. er muß ihn grundsätzlich ersetzen, wird aber unter Umständen davon befreit.

Daß es nicht dem Sinne des Gesetzes entsprechen kann, dem Schuldner nie und unter keinen Umständen für das ursprüngliche Unvermögen haften zu lassen, bedarf wohl keines besonderen Beweises. Denn bei Anwendung einer solchen Regel würde bald jede Verkehrssicherheit aufhören. Wenn zudem nach § 307 BGB. derjenige, welche „bei Schließung meines Vertrags, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, die Unmöglichkeit kennt oder kennen muß" dem andern Teile der diese ohne seine Schuld nicht kennt, zum Schadensersatze verpflichtet ist, obschon nicht einmal ein gültiger Vertrag zustande kommt, um wie viel mehr dann hier, wo doch nach richtiger Ansicht der Vertrag gültig ist.

Man wird deshalb zunächst zu dem Resultate kommen, daß der Schuldner den dem Gläubiger durch das ursprüngliche Unvermögen entstehenden Schaden ersetzen muß, und es können nur Zweifel entsteheu, ob er immer hinzu verpflichtet sein soll oder ob er frei sein soll, wenn ihn kein Verschulden trifft. Hinsichtlich der Gattungsschulden hat nun § 279 BGB. die Bestimmung getroffen, daß der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen immer zu vertreten haben soll, nämlich auch dann, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt. Hinsichtlich der Speziesschulden enthält das BGB. ausdrückliche Bestimmungen nur für das nachträgliche Unvermögen. § 275 BGB. bestimmt nämlich: „Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er

nicht zu vertreten hat, unmöglich wird". Abs. 2: „Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträgliche Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich". Man könnte sich nun wie Cosack und Titze veranlaßt sehen, diese Regeln auch auf das ursprüngliche Unvermögen anzuwenden. Während Titze[1] dies auch vollständig durchführt, sodaß es nach seiner Meinung auch hier darauf ankommt ob der Schuldner sein Unvermögen zu vertreten hätte oder nicht, sollen nach der Ansicht Cosacks[2] die für das nachträgliche Unvermögen geltenden Vorschriften auf das ursprüngliche Unvermögen nur „mit der Maßgabe" Anwendung finden, „daß der Schuldner die Unmöglichkeit ganz allgemein, also selbst dann, wenn weder ihm selber noch seinen Vertretern oder Gehülfen irgend ein Verschulden zur Last fällt, vertreten muß". Indem Cosack diese wichtige Unterscheidung zwischen der Haftung des Schuldners bei ursprünglichem und bei nachträglichem Unvermögen macht, kommt er bis auf einen später[3] zu besprechenden Punkt zu demselben Endergebnis, als wenn er die für das nachträgliche Unvermögen geltenden Regeln nicht auf das ursprüngliche Unvermögen in Anwendung bringen wollte. Mehr für sich hat daher die Ansicht von Titze, der diese Anwendung ohne jede Einschränkung fordert. Wenn man auch zugeben muß, daß vieles hierfür spricht, so kann man doch nicht die ausdrücklich nur für das nachträgliche Unvermögen geltenden Vorschriften auch auf das ursprüngliche

1) Titze a. a. O. S. 249 ff.
2) Cosack a. a. O. § 100 I. S. 353.
3) § 15 S. 113.

Unvermögen in Anwendung bringen wollen, ohne daß das Gesetz dieses bestimmt. Wenn solches das Gesetz gewollt hätte, würde es wohl kaum im § 275 so ausdrücklich nur von „nachträglich eintretendem Unvermögen" gesprochen haben, ohne wenigstens darauf hinzuweisen, daß diese Regeln auch bei ursprünglichem Unvermögen Geltung haben sollten.

Damit schließt das Gesetz schon von vornherein die Anwendung dieser Regel auf ursprüngliches Unvermögen aus. Dies erkennt auch das Reichsgericht[1] an: „Nun hat Beklagter zur Begründung seiner Auffassung, daß er nur im Falle eines Verschuldens dem Kläger ersatzpflichtig sei, sich wieder auf den § 325 BGB. berufen, mit der Behauptung, daß diese Vorschrift sich nicht nur auf die nachträgliche, sondern auch auf die ursprüngliche Unmöglichkeit der Leistung beziehe. Diese Auffassung ist aber bei dem Wortlaut der Bestimmung, die dahin geht: „„Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, unmöglich"" .... als gänzlich verfehlt anzusehen. Es bezweifelt auch niemand, daß § 325 wie die §§ 323 und 324, welche die gleiche Fassung haben, sich nur auf die nachträglich eintretende Unmöglichkeit beziehen ..... die anderweitige Fassung des § 275, der auch von der nachfolgenden Unmöglichkeit der Leistung handelt, ist nicht geeignet, der Auffassung des Beklagten zur Stütze zu dienen".

Außerdem ist auch noch folgendes zu beachten: Wenn das Gesetz bei Gattungsschulden, solange die

1) Seufferts Archiv Band 56 No. 244 S. 441.

Leistung aus der Gattung noch möglich ist, das Nichtleistenkönnen also nur in dem Unvermögen des Schuldners seinen Grund hat, immer haften läßt, wenn es ferner bei Speziesschulden die Haftung nur dann beschränkt, wenn das Unvermögen ein nachträgliches ist, und der Schuldner dasselbe nicht zu vertreten hat, so muß man doch den Schluß ziehen: Folglich haftet in den anderen Fällen, wenn bei Speziesschulden Unvermögen vorliegt, nämlich bei nachträglichem zu vertretendem Unvermögen und bei ursprünglichem Unvermögen immer der Schuldner unbeschränkt. Der Schuldner soll also sein ursprüngliches Unvermögen immer zu vertreten haben. Dieses sagen auch die Motive:[1] „Indem dieser Fall — gemeint ist der Fall, daß ein individuell bestimmter Gegenstand zu leisten ist, und der Schuldner infolge nachträglichen, von ihm nicht zu vertretenden Unvermögens außerstande ist, denselben zu leisten — den Fällen der objektiven Unmöglichkeit gleichgestellt wird, ist zugleich ausgesprochen, daß in den anderen bezeichneten Fällen — nämlich des subjektiven Unvermögens — sofern nur in concreto das subjektive Unvermögen nicht als eigentliche objektive Unmöglichkeit aufzufassen ist, das subjektive Unvermögen von dem Schuldner immer gleich verschuldeter nachträglicher Unmöglichkeit zu vertreten ist. Wo von der Unmöglichkeit als Grund der Befreiung von der Verpflichtung die Rede ist, versteht der Entwurf hiernach die nachträgliche objektive Unmöglichkeit und beim Vorliegen des im § 247 Abs. 2 — oben zu Anfang der Stelle — bezeichneten Falles des nachträglichen subjektiven Unvermögen".

1) Motive Band II. § 237 S. 45.

§ 6.

2. Worauf haftet der Schuldner?

Da, wie im vorhergehenden Paragraphen ausgeführt wurde, der Schuldner sein ursprüngliches Unvermögen immer zu vertreten haben soll, gleichgültig, ob ihn ein Verschulden trifft oder nicht, muß er dem Gläubiger immer Schadenserſatz leisten. Nach § 249 BGB. wäre also zunächst der Schuldner verpflichtet, den sogenannten Naturalerſatz zu leisten, d. h. „den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre". Der Schuldner müßte demgemäß die Leistung bewirken. Er kann dies aber nicht. Jetzt findet § 251 BGB. Anwendung: „Soweit die Herstellung nicht möglich . . . ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen". Aus dem Gesagten folgt nunmehr: Ist der Schuldner unvermögend zu leisten, und bestand dieses Unvermögen schon beim Abschluß des Vertrages, so hat er dem Gläubiger den erlittenen Schaden zu ersetzen also das sogenannte Erfüllungsinteresse zu leisten.

Dieser Ansicht ist auch die herrschende Meinung. So erklärt Cosack,[1] der Gläubiger könne immer vollen Schadenserſatz wegen des Ausbleibens der Leistung verlangen. Ebenso Schollmeyer:[2] „Ist vielmehr von Anfang an nur Unvermögen vorhanden, . . . so besteht der Vertrag, und der Schuldner haftet aufs Erfüllungsinteresse", und Enneccerus:[3] „Verspricht

1) Cosack a. a. O. § 100 II. 1 a S. 353.
2) Schollmeyer a. a. O. § 306 Anm. 1 S. 151.
3) Enneccerus a. a. O. § 178 II. 1 α S. 439.

mir jemand, eine Sache zu leisten, die ihm nicht gehört, und die er nicht anzuschaffen vermag, so ist der Vertrag gleichwohl vollgültig und verpflichtet ihn zu voller Schadenserſatzleistung in Geld". Derselben Ansicht sind Planck,[1] Kleineidam[2] Örtmann,[3] Endemann,[4] ferner aber auch Crome,[5] der ja bei Speziesschulden falls ursprüngliches Unvermögen vorliegt, den Schuldner nur dann auf das Erfüllungsinteresse haften lassen will, wenn er „nach den Verkehrsgrundsätzen unbedingt dafür einzustehen hat, daß er die übernommene Leistung zu bewirken imstande ist". Daß aber der Schuldner sein ursprüngliches Unvermögen immer zu vertreten hat, ist ja vorhin gezeigt worden. Der herrschenden Meinung folgt auch das Reichsgericht:[6] „Daraus — daß der Vertrag trotz ursprünglichen Unvermögens gültig ist — folgt aber ohne weiteres, daß der Schuldner, wenn er die Unmöglichkeit nicht zu beseitigen vermag, dem Gläubiger auf Schadenserſatz wegen Nichterfüllung haftet, ohne daß es auf ein Verschulden des Schuldners bei Eingehung der Verpflichtung ankommt"; und ferner noch bei der Entscheidung in Seufferts Archiv Band 49 Nr. 12 S. 19. In dieser wird zunächst gesagt, daß ein auf eine subjektiv unmögliche Leistung gerichteter Vertrag

1) Planck a. a. O. Vorbemerk. zu §§ 275 290 3 a S. 47.
2) Kleineidam: „Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB. für das deutsche Reich" S. 48.
3) Oertmann a. a. O. § 306 Anm. 1 b S. 57.
4) Endemann. „Einführung in das Studium des BGB." Lehrbuch des BR. I. Bd. § 124 1 d S. 695.
5) Crome a. a. O. § 166 I. 2. S. 160.
6) Seufferts Archiv Bd. 56 No 244 S 441.

gültig sei, und der Schuldner deshalb, falls er nicht leisten könne, das Erfüllungsinteresse leisten müsse. Dann heißt es weiter: „Die Gefahr, seine Verpflichtung durch die Schuld eines Dritten, von welchem er die verkaufte Sache zu erwerben hofft, nicht entsprechen zu können, trifft also den Verkäufer, und zwar auch dann, wenn er bei Eingehung des Vertrages gute Gründe zu der Annahme hatte, daß er zur Lieferung der verkauften fremden Sache imstande sein werde".

§ 7.

3. Weshalb läßt das Gesetz den Schuldner so streng haften?

Man könnte nun mit Recht fragen, warum denn das Gesetz den Schuldner bei ursprünglichem Unvermögen so streng haften lassen sollte, daß er auch ohne weiteres Verschulden sein ursprüngliches Unvermögen zu vertreten hätte und Schadensersatz wegen Nichterfüllung leisten müßte? Diese Frage beantworten zunächst wieder die Motive:[1] „Im Falle der Begründung des Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft unter Lebenden ist in dem Versprechen die Übernahme einer Garantie für die Leistungsfähigkeit zu finden". Diese Garantieübernahme wird zwar von Titze[2] in Abrede gestellt, dagegen von den meisten anerkannt. So sagt Planck,[3] der einen auf eine subjektiv unmögliche Leistung gerichteten Vertrag als gültig anerkennt: „Bei Verträgen dieser Art geht

1) Motive Bd. II § 237 S. 45 und 46.
2) Titze a. a. O. S. 248 ff.
3) Planck a. a. O. S. 47.

das BGB. davon aus, daß der Schuldner die Garantie für die Leistungsfähigkeit übernommen habe". Nach Endemann[1] ist der „innere Grund" dafür, daß ein gültiger Schuldvertrag zustande kommt und für die sich daraus ergebende Haftung des Schuldners, der: „daß der Versprechende versichert, er könne die Leistung bewirken; der darauf vertrauende Gläubiger muß geschützt werden". Auf den ersten Blick erscheint es als große Härte, den Schuldner immer bei ursprünglichem Unvermögen haften lassen zu wollen. Es läßt sich gewiß nicht leugnen, daß, wenn das Gesetz es gewollt hat, es eine ziemliche Willkür ist, dem Schuldner ein Garantieversprechen aufzuzwingen, welches er vielleicht garnicht hat geben wollen. Man muß aber folgendes berücksichtigen: Verpflichtet sich der Schuldner zu einer Leistung, obschon er beim Abschluß des Vertrages sein Unvermögen kennt, so ist es ganz in der Ordnung, daß er auch haftet. Mag er auch mit vollem Recht gehofft haben, daß es ihm gelingen würde, sein Unvermögen zu heben, es hilft ihm nichts; denn jedenfalls liegt doch eine gewisse Fahrlässigkeit, und mag sie noch so gering sein, darin, sich zu einer Leistung zu verpflichten, bevor man bestimmt weiß, daß man dieselbe auch wird bewirken können. Hat aber der Schuldner sein Unvermögen zur Leistung beim Abschluß des Vertrages nicht gekannt, so kann man auch ihn nicht von einer gewissen Schuld ganz freisprechen. Als vorsichtiger Mann hätte er sich vor Abschluß des Vertrages erst vergewissern müssen, ob er das, was er verspricht, auch wird halten können. „Über die Grenzen

1) Endemann a. a. O. Bd. I. 2. § 124 1 d. S. 695 Anm. 20.

seines Könnens" sagt Schollmeyer,[1] „soll sich der Mensch nicht täuschen. Tut er es doch, so macht er sich verantwortlich". Übrigens ist diese Regel auch nicht so hart, als sie scheint. Denn in den meisten Fällen ursprünglichen Unvermögens wird der Schuldner wissen, daß er jetzt beim Abschluß des Vertrages nicht leisten kann, er hofft aber, dieses Unvermögen bis zur Fälligkeit heben zu können. Kann er es nicht, dann haftet er mit Recht. Dagegen sind die Fälle, daß der Schuldner beim Vertragsschluß sein Unvermögen nicht kennt, verhältnismäßig selten, besonders, da hier die Fälle ausscheiden, in denen dem Verkäufer einer ihm gehörigen bestimmten Sache, diese ihm schon beim Abschluß des Vertrages verloren gegangen, gestohlen worden, oder sonst abhanden gekommen war. Darin fand man besonders eine Härte, in solchen Fällen den Verkäufer, der doch schon durch den Verlust der Sache Schaden genug gehabt hätte, außerdem auch noch für den Schaden des Käufers haften zu lassen. Wie ja schon oben[2] ausgeführt wurde, liegt ja nicht Unvermögen, sondern Unmöglichkeit der Leistung vor, wenn dem Käufer die Sache beim Vertragsabschluß gestohlen worden, verloren gegangen, oder sonst abhanden gekommen war. Bei ursprünglichem Unvermögen kommt aber gemäß § 306 BGB. kein gültiger Vertrag zustande, und der Verkäufer haftet in obigen Fällen nach § 307 Abs. 2 BGB. für negatives Vertragsinteresse und auch nur dann, wenn er die Unmöglichkeit beim Abschluß des Vertrages kennt, oder kennen muß. Diesem steht auch § 440 BGB. nicht entgegen, welcher dem Käufer gegen

1) Schollmeyer a. a. O. § 306 Anm. 1 S. 151.
2) § 3 S. 39 ff.

den Verkäufer weitergehende Ansprüche gibt, falls dieser seinen Verpflichtungen nicht nachkommt. Dieser Paragraph kommt doch wohl nur dann zur Anwendung, wenn tatsächlich ein gültiger Kaufvertrag abgeschlossen worden ist. Da aber ein solcher bei ursprünglicher Unmöglichkeit der Leistung nicht zustande kommt, können naturgemäß nur die §§ 306, 307 BGB. Anwendung finden, nicht dagegen § 440 BGB. Da ferner der Richter zur Beurteilung der Frage, ob Unmöglichkeit oder Unvermögen anzunehmen sei, mancherlei Umstände in Betracht zu ziehen hat, besonders auch untersuchen muß, was nach Treu und Glauben im einzelnen Falle vom Schuldner mit Rücksicht auf die Verkehrssitte gefordert werden kann,[1] wird es vielfach vom billigen Ermessen des Richters abhängen, ob er im einzelnen Falle objektive oder subjektive Unmöglichkeit annehmen will, und er so entweder den Vertrag für nichtig ansieht, der Schuldner also von seiner Leistungspflicht befreit wird, oder ob er den Vertrag für gültig erklärt, sodaß der Schuldner die geforderte Leistung bewirken muß, oder er vollen Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten hat, falls er dazu außer Stande ist.

§ 8.

4. Schließt Kenntnis des andern Teils von dem ursprünglichen Unvermögen die Haftung aus?

Es erübrigt noch in diesem Zusammenhang die Frage zu erörtern, ob die Haftung des Schuldners wegen ursprünglichen Unvermögens ausgeschlossen werden

1) Vergl. das hierüber oben § 1 S. 17 ff. Ausgeführte.

soll, wenn der Gläubiger dasselbe beim Abschluß des Vertrages kennt oder kennen muß. Hierüber lassen sich bestimmte Regeln nicht aufstellen, sondern ist nur im Einzelfalle zu entscheiden. Dernburg[1] sagt allerdings ausdrücklich: „Selbstverständlich hat er – der Gläubiger — einen solchen Anspruch nicht, wenn er das Unvermögen des sich Verpflichtenden beim Geschäftsabschlusse kannte; dies ergibt Treu und Glauben". Auf demselben Standpunkte steht Endemann.[2] Das trifft aber doch wohl nicht in allen Fällen zu. Denn wie oft werden Sachen verkauft, die der Verkäufer garnicht hat, und der Käufer weiß dies auch; trotzdem kommt aber ein gültiger Vertrag zustande, und der Verkäufer haftet auf das Erfüllungsinteresse, wenn er nicht leisten kann. Einen solchen Fall entscheidet auch das Reichsgericht:[3] „Ebensowenig kann sich der Verkäufer, welcher eine fremde, ihm erst von einem Dritten zu liefernde Sache verkauft, dem Anspruch des Käufers auf Leistung des Interesses wegen Nichterfüllung des Vertrages, gegenüber darauf berufen, daß dem Käufer beim Abschluß des Geschäftes bekannt gewesen sei, es handle sich um eine vom Verkäufer nur durch Mitwirkung eines Dritten zu beschaffende Sache; denn der Käufer darf seinerseits voraussetzen, daß der Verkäufer, welcher trotzdem die Sache weiter veräußert die Gefahr übernimmt, seine Verpflichtung nicht erfüllen zu können und deshalb das Interesse prästieren zu müssen".

1) Dernburg: „Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des deutschen Reichs und Preußens." Erste Abteilung. Allgemeine Lehren § 61 II. S. 132.

2) Endemann a. a. O. § 124 S. 695 Anm. 21 b.

3) Seufferts Archiv Bd. 49 No. 12 S. 19 und 20.

Doch kann darin, daß der eine Teil den Vertrag abschließt, obschon er das Unvermögen des anderen Teiles kennt, eine Verletzung von Treu und Glauben liegen. Dies wird man besonders dann annehmen müssen, wenn der Forderungsberechtigte das Unvermögen des anderen Teiles kennt, und doch, obschon er weiß, daß der Verpflichtete nicht zur Zeit der Erfüllung wird leisten können, den Vertrag abschließt; der andere Teil dagegen entweder sein Unvermögen nicht kennt oder doch bestimmt hofft, dasselbe bis zur Fälligkeit der Leistung heben zu können. In einem solchen Falle den Schuldner haften zu lassen, würde sicherlich Treu und Glauben widersprechen. Man kann aber doch die Kenntnis des Gläubigers nicht immer als Befreiungsgrund gelten lassen, zumal doch ein Dritter, dem die Leistung möglich ist, immer den Gläubiger würde befriedigen können, und der Gläubiger hat vielleicht auch sicher geglaubt, der Schuldner würde auf irgend eine Weise sein Unvermögen heben können. Besonders kann ja auch der Forderungsberechtigte annehmen, daß derjenige, der sich zu einer Leistung verpflichtet, zu der er beim Abschluß des Vertrages unvermögend ist, die Garantie übernehmen wolle, daß er zur Erfüllungszeit werde leisten können. Natürlich kann dann immer wieder in Betracht kommen, daß er das Gegenteil bestimmt gewußt, dies aber dem sich Verpflichtenden böswillig verschwiegen hat. Es wird demnach nur im Einzelfalle ersehen werden können, ob Kenntnis des Gläubigers von dem ursprünglichen Unvermögen des Schuldners zur Leistung den Anspruch auf das Erfüllungsinteresse ausschließt.

IV. Rechte desjenigen, der die ursprünglich subjektiv unmögliche Leistung fordern kann.

A. Bei einseitig verpflichtenden Verträgen.

§ 9.

1. Wenn das Unvermögen ein vollständiges ist.

Wenn der Schuldner unvermögend ist, die ihm obliegende Leistung zu bewirken, und dieses Unvermögen schon beim Abschluß des Vertrages vorhanden war, so ist er, wie gesagt, verpflichtet, dem Berechtigten den Schaden zu ersetzen, den dieser infolge der Nichterfüllung hat, nämlich das sogenannte Erfüllungs- oder positive Vertragsinteresse. Nunmehr ist zu untersuchen, auf welche Weise der Forderungsberechte von dem Leistungsverpflichteten, falls dieser nicht freiwillig den Schadensersatz leistet, letzteren erlangen kann, und ob demselben außer dem Ersatzanspruch noch andere Rechte zustehen. Zunächst soll sich die Untersuchung nur auf die einseitig verpflichtenden Verträge erstrecken, wo also der eine Kontrahent lediglich Gläubiger, der andere lediglich Schuldner ist. Hierbei ist wieder zu unterscheiden, ob das Unvermögen die ganze Leistung betrifft oder nur einen Teil derselben.

Welche Rechte stehen also dem Gläubiger zu wenn der Schuldner schon bei Abschluß des Vertrages unvermögend war, die Leistung zu erfüllen, und er freiwillig den Schadensatz nicht leisten will?

Zunächst fragt es sich, ob der Gläubiger in diesem Falle sofort auf das Erfüllungsinteresse klagen kann oder

ob er zuerst die geschuldete Leistung einklagen muß und dann erst, wenn die Leistung, trotz Verurteilung des Schuldners zu derselben, nicht erfolgt, Schadensersatz fordern kann. Ausschließlich den einen oder anderen Weg wollen dem Gläubiger meines Wissens nur geben Dernburg und Kleineidam.

Kleineidam[1] ist der Ansicht, daß der Gläubiger unbedingt erst auf die Leistung klagen müsse, und er erst, wenn trotz der Verurteilung der Schuldner nicht leistet, das Erfüllungsinteresse fordern könne. Er begründet seine Meinung damit, daß es nicht im Interesse des Schuldners liege, mit Ausschließung der vom schuldnerischen Unvermögen betroffenen Leistung direkt das Erfüllungsinteresse fordern zu dürfen. „Denn", so fährt er fort, „dieser ist, wenn er auch aus persönlichen Gründen nicht leisten kann, doch nach § 267 BGB. berechtigt, die Leistung durch einen Dritten erfüllen zu lassen, und würde um dieses Recht kommen, falls man die vom Unvermögen betroffene, von dem Parteiwillen ausdrücklich als der unmittelbare Verpflichtungsgegenstand bezeichnete Leistung nicht als solchen gelten lassen wollte". Man wird Kleineidam darin Recht geben müssen, daß es nicht wohl angängig ist, daß der Schuldner Schadenersatz wegen Nichterfüllung leisten soll, der doch den Wert der vom Schuldner versprochenen Leistung meist übersteigt, wenn es noch nicht sicher ist, daß dem Gläubiger nicht doch das zuteil werde, was er eigentlich nur fordern konnte, nämlich die vertragsmäßig bestimmte

1) Kleineidam: „Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB. für das deutsche Reich" S. 48.

Leistung. Aber sobald doch feststeht, daß der Gläubiger weder von dem Schuldner, noch von einem Dritten für denselben die versprochene Leistung erhalten wird, dann würden es doch, wie Dernburg[1] richtig bemerkt, „zweckwidrige Prozeduren" sein, erst den Schuldner auf Erfüllung verklagen zu müssen, und dann erst, nachdem die Zwangsvollstreckung vergeblich versucht worden ist, Anspruch auf das Erfüllungsinteresse zu haben. [Ob aber in Wirklichkeit erst die Zwangsvollstreckung versucht werden muß oder ob es dem Gläubiger nicht möglich ist, sich nach rechtskräftiger Verurteilung auch auf andere Weise zu befriedigen, mag einstweilen dahingestellt bleiben].[2] Wenn daher Kleineidam dem Gläubiger nur das Recht zuerkennen will, daß er immer zuerst auf Erfüllung klagen muß, so ist dies doch nicht ganz richtig. Aber ebenso einseitig und nicht ganz zutreffend ist es, wenn Dernburg[3] nur einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse geben will, dagegen die Klage auf Erfüllung der Leistung immer für ausgeschlossen hält. Nach Dernburgs Ansicht kommt ja bei ursprünglichem Unvermögen kein gültiger Vertrag zustande, die Klage auf Erfüllung ist daher konsequenter Weise für ihn nicht denkbar.

Der Ansicht, dem Gläubiger überhaupt keine Klage auf Erfüllung geben zu wollen, ist aber folgendes entgegenzuhalten. Zunächst kommt doch nach der richtigen und auch herrschenden Meinung bei ursprünglichem Un-

1) Dernburg: „Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des deutschen Reichs und Preußens." Erste Abteilung. Allgemeine Lehren § 61 II. S. 131.

2) Vergl. hierüber S. 78.

3) Dernburg vergl. Anm. 1.

vermögen ein vollgültiger Vertrag zustande. Aus dem Vertrage ist aber doch der Gläubiger berechtigt, die versprochene Leistung zu fordern und im Falle des Nichterfüllens auf dieselbe zu klagen. Dies steht demnach schon der Ansicht Dernburgs entgegen. Ferner aber wenn der Gläubiger das positive Interesse einklagen will, so muß er natürlich, um eine Verurteilung des Schuldners herbeiführen zu können, beweisen, daß er auch berechtigt ist dasselbe zu fordern, mit anderen Worten, er muß beweisen, daß dem Schuldner die Leistung subjektiv unmöglich ist. Nicht zu beweisen braucht er aber, daß das Unvermögen ein ursprüngliches ist und daher vom Schuldner vertreten werden muß. Denn wenn ihm der Beweis gelingt, daß der Schuldner unvermögend ist zu leisten, muß dieser gemäß § 282 BGB. den Exkulpationsbeweis führen d. h. beweisen, daß das Unvermögen ein nachträgliches und nicht die Folge eines von ihm zu vertretenden Umstandes ist. Aber trotzdem, es wird für den Gläubiger nicht immer leicht sein, den Beweis für das Unvermögen zu erbringen. Solange er aber seine Behauptung nicht beweisen kann, kann er auch keine Verurteilung des Schuldners zur Leistung des Erfüllungsinteresses erwirken. Ebenso würde es aber auch, wie oben ausgeführt wurde, dem Interesse des Schuldners widersprechen, ihm die Möglichkeit abzuschneiden, seiner Verpflichtung doch noch nachkommen zu können, daß man dem Gläubiger sofort „nur" auf das Erfüllungsinteresse einen Anspruch gibt. Wenn nun beide Wege an sich zulässig sind, dem Gläubiger zu seinem Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verhelfen; wenn es aber

ferner zu Unerträglichkeiten führt, nur den einen der den andern zulassen zu wollen, so dürfte es doch wohl unzweifelhaft richtig sein, dem Gläubiger wohlweise beide Rechte zu geben.

Kann der Schuldner also nicht leisten, und das Unvermögen desselben bestand schon beim Abschluß des Vertrages, so wird der Gläubiger auf das Erfüllungsinteresse klagen, wenn er den Beweis auf sich nehmen will, daß der Schuldner unvermögend ist, zu leisten. Fürchtet aber der Gläubiger, daß ihm der Beweis zu schwer zu erbringen sein wird, nun so klagt er vorsichtiger Weise zunächst auf Erfüllung der geschuldeten Leistung. Wird dann der Schuldner zur Leistung verurteilt, so müßte regelmäßig der Gläubiger versuchen, dieselbe im Wege der Zwangsvollstreckung nach Maßgabe der CPO. zu erwirken, und erst wenn letztere erfolglos geblieben wäre, könnte er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Dieser Pflicht, zunächst die Zwangsvollstreckung versuchen zu müssen, um erst nach fruchtlosem Verlauf derselben den Anspruch auf das Erfüllungsinteresse zu haben, ist der Gläubiger enthoben worden. § 283 BGB. bestimmt nämlich: „Ist der Schuldner rechtskräftig verurteilt, so kann der Gläubiger ihm zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe dieser Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, soweit nicht die Leistung rechtzeitig bewirkt wird. Der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen". Zu diesem Paragraphen, dem § 243 des I. Entwurfes

bemerken die Motive:[1] „Die Vorschrift des § 243 kommt dem Gläubiger .... im Falle des (anfänglichen) subjektiven Leistungsunvermögens des letzteren zu statten." Wie demnach der Gläubiger sich der Vorschriften dieses Paragraphen bedienen kann, wenn der Schuldner nicht leisten will, so auch dann, wenn der Schuldner nicht leisten kann. Der Gläubiger verklagt den Schuldner, dessen Leistung von Anfang an subjektiv unmöglich ist, unter Außerachtlassung dieses Unvermögens, auf die geschuldete Leistung. Er braucht dann nur zu beweisen, daß das Schuldverhältnis besteht, und dies wird ihm wohl nicht allzu schwer fallen. Daraufhin wird dann der Schuldner zu der versprochenen Leistung verurteilt. Nun braucht der Gläubiger, wenn der Schuldner auch jetzt noch nicht leistet, nicht erst die Zwangsvollstreckung zu versuchen, und kann er erst, nachdem er durch dieselbe nicht die geschuldete Leistung erhalten hat, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, sondern er bestimmt dem Schuldner eine angemessene Frist, innerhalb welcher derselbe die Leistung zu bewirken habe Diese Frist kann aber auf sein Verlangen auch schon in dem Urteile festgesetzt werden, durch welches der Schuldner rechtskräftig verurteilt wird; denn § 255 Abs. 1 CPO. bestimmt: „Hat der Kläger für den Fall, daß der Beklagte nicht vor Ablauf einer ihm zustehenden Frist den erhobenen Anspruch nicht befriedigt, das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern oder die Aufhebung eines Vertrages herbeizuführen, so kann er verlangen, daß die Frist im Urteile bestimmt wird". Gleichzeitig mit der Fristbestimmung muß der Gläubiger aber dem Schuldner mitteilen, daß er nach

1) Motive Bd. II S. 54.

Ablauf derselben die etwa angebotene Leistung ablehnen würde. Erfüllt dann innerhalb dieser Frist der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht, so kann der Gläubiger nach Ablauf derselben sofort in Geld Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Und zwar kann er, wenn dem Schuldner die Leistung schon beim Vertragsschlusse subjektiv unmöglich war, unter allen Umständen Schadensersatz verlangen; denn der im § 283 Abs. 1 S. 2 BGB. aufgestellte Satz: „Die Verpflichtung zum Schadensersatz tritt nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der Schuldner nicht zu vertreten hat" kann hier keine Anwendung finden. Einerseits nämlich hat ja der Schuldner sein ursprüngliches Unvermögen immer zu vertreten, andererseits kommt der angeführte Satz auch nur dann zur Anwendung, wenn der die Unmöglichkeit herbeiführende Umstand nach der Verkündung des Urteils eingetreten ist. Dies ergibt sich aus § 283 BGB. von selbst; denn dieser setzt eine Verurteilung des Schuldners voraus und läßt die eventuelle Befreiung eintreten, wenn die Leistung „unmöglich wird" d. h. nach der rechtskräftigen Verurteilung: Demnach stellt das BGB. im § 283 eine Bestimmung auf, deren sich der Gläubiger auch im Falle ursprünglichen schuldnerischen Unvermögens bedienen kann, wenn dies auch nicht ausdrücklich bemerkt ist.

So sagt auch Endemann[1] bezüglich des 283 BGB.: „Weshalb die Leistung nicht erfolgt, ob sie unmöglich geworden oder von Anbeginn subjektiv unmöglich war oder ob den Verpflichteten ein Verschulden

1) Endemann a. a. O. S. 542 Anm. 22.

trifft, ist gleichgültig. Voraussetzung ist nur die rechtskräftig festgestellte Leistungspflicht."

Aus den obigen Ausführungen folgt demnach: Ist der Schuldner schon beim Vertragsschlusse unvermögend zu leisten, so kann der Gläubiger sich auf folgenden Wegen Schadensersatz wegen Nichterfüllung verschaffen:

1. Er klagt sofort auf das Erfüllungsinteresse, muß aber dann das Unvermögen beweisen;

2. er klagt zunächst auf die Leistung. Ist der Schuldner dann rechtskräftig verurteilt zu leisten, so kann der Gläubiger:

a) die Zwangsvollstreckung versuchen und dann, falls er durch dieselbe die geschuldete Leistung nicht erhalten hat, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen;

b) er kann dem Schuldner nach § 283 BGB. eine angemessene Frist setzen, mit der Erklärung, daß er nach Ablauf derselben die Annahme der Leistung ablehne. Leistet dann der Schuldner nicht vor Ablauf der Frist, so kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

Der Gläubiger kann nun nach seiner Wahl sich von diesen Wegen den aussuchen, auf dem er am leichtesten und sichersten das Erfüllungsinteresse zu erhalten hofft. Wenn ihm aber besonders daran gelegen ist, gerade die ursprünglich geschuldete Leistung zu erhalten, dann wird er am besten tun, nach Verurteilung des Schuldners zur Leistung die Zwangsvollstreckung zu versuchen, und erst wenn er durch diese seinen Zweck nicht erreicht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Denn, wenn er dem Schuldner, der zu leisten verurteilt worden ist, die

angemessene Frist gemäß § 283 BGB. gesetzt hat, kann er nach deren Ablauf, falls der Schuldner nicht geleistet hat, nur noch das Erfüllungsinteresse verlangen, während zufolge § 283 Abs. 1 S. 2 BGB. der Anspruch auf die Erfüllung ausgeschlossen ist.

Fraglich kann auch noch folgendes sein. Wenn der Gläubiger auf Erfüllung der Leistung geklagt hat, und es stellt sich vor Erlaß des Urteils heraus, daß der Schuldner unvermögend ist zu leisten, und daß dieses Unvermögen schon beim Abschluß des Vertrages bestand, soll dann der Gläubiger jetzt statt der Verurteilung auf Erfüllung Verurteilung auf Leistung des Erfüllungsinteresses verlangen können? Dies wird möglich sein, wenn der nachträgliche Antrag auf Leistung des Erfüllungsinteresses nicht als Klageänderung anzusehen ist. In Betracht kommt hier zunächst § 268 CPO. Dieser bestimmt: „Als eine Änderung der Klage ist es nicht anzusehen, wenn ohne Änderung des Klaggrundes ..... statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer später eingetretenen Veränderung .... das Interesse gefordert wird." Der Klagegrund bleibt ja hier nun derselbe, der Kläger verlangt nach wie vor, daß der Beklagte aus dem zwischen ihnen geschlossenen Vertrage leiste, nur fordert er jetzt statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes das Interesse. Dies wird aber nur dann nicht als Klageänderung angesehen, wenn statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes das Interesse gefordert wird, wegen einer später eintretenden Veränderung. Wenn nun aber das Unvermögen des Schuldners schon zur Zeit der Klageerhebung bestand, kann doch von einer späteren Veränderung keine Rede sein; es ist alles so

geblieben wie es war. Nun soll allerdings nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts [1] und der Ansicht der Schriftsteller [2] der Kläger auch dann das Erfüllungsinteresse statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes verlangen dürfen, wenn zwar die Veränderung vor Erhebung der Klage schon eingetreten ist, der Kläger aber erst nach Klageerhebung ohne sein Verschulden Kenntnis hiervon erlangt. Aber auch das trifft hier nicht zu. Denn es ist ja überhaupt keine Veränderung eingetreten. Der Beklagte war nicht nur bei Erhebung der Klage unvermögend zu leisten, sondern auch schon beim Abschluß des Vertrages, und von diesem Zeitpunkt an könnte doch höchstens eine eintretende Veränderung berücksichtigt werden.

Demgemäß wird es wohl als Änderung der Klage anzusehen sein, [3] wenn der Kläger statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes, weil der Schuldner unvermögend sei zu leisten, das Interesse fordert, vorausgesetzt, daß dieses Unvermögen ein ursprüngliches ist, mag der Kläger dasselbe zur Zeit der Klagerhebung gekannt haben oder nicht. § 268 CPO. kann also auch hier keine Anwendung finden. Es könnten somit, da „nach Eintritt der Rechtshängigkeit eine Änderung der Klage" vorgenommen werden soll, nur die Vorschriften des

1) Vergl. z. B. „Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen" Bd. 26 No. 81 S. 387.

2) Vergl. z. B. Gaupp-Stein: „Die CPO. für das deutsche Reich" I Bd. § 268 Anm. 2 S. 582, 583, oder Struckmann-Koch: „Die CPO. für das deutsche Reich" § 268 Anm. 5 S. 315.

1) Anderer Ansicht sind Endemann a. a. O. S. 695 Anm. 1. und Dernburg: „Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des deutschen Reichs und Preußens" I Abteilung § 61 II S. 132.

§ 264 CPO. in Anwendung kommen, nach welchen dies nur zulässig ist „wenn der Beklagte einwilligt oder wenn nach dem Ermessen des Gerichts durch die Änderung die Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert wird." Und letzterer Ansicht wird das Gericht im vorliegenden Falle meistens sein, sodaß also doch der Kläger, wenn sich während des Verfahrens, aber noch vor Erlaß des Urteils das ursprüngliche Unvermögen des Schuldners herausgestellt hat, statt der ursprünglich in der Klage geltend gemachten Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern kann.

Dadurch, daß man sowohl die Klage auf Erfüllung, als auch sofortige Klage auf das positive Vertragsinteresse zuläßt, ist nicht nur das Interesse des Gläubigers gewahrt, sondern auch besonders das des Schuldners. Denn im letzteren Falle ist er schon dadurch besser gestellt, daß der Gläubiger das Unvermögen beweisen muß; im ersteren Falle aber ist dem Schuldner ja während der ihm vom Gläubiger gestellten Frist noch immer Zeit gegeben, eventuell den Gläubiger zu befriedigen, sodaß dessen Ersatzansprüche überhaupt nicht entstehen.

So lassen denn auch die meisten Schriftsteller dem Gläubiger die Wahl zwischen direkter Klage auf das Erfüllungsinteresse, oder Klage erst auf Erfüllung und dann eventuellen Schadensersatz. So führt Crome[1] aus: „Danach darf der Gläubiger nach Maßgabe des § 283 BGB. unter Ignorierung der Unfähigkeit des Schuldners auf die Leistung klagen und darauf ein Urteil erwirken, wenn der Verpflichtete sich nicht

[1]) Crome a. a. O. § 166 Anm. 25 S. 160 und 161.

entschuldigt (275) — also ein Fall des nachträglichen, nicht zu vertretenden Unvermögens vorliegt. — Auf Grund des Urteils kann er dann in der Vollstreckungsinstanz auf das Erfüllungsinteresse übergehen. Fraglich kann nur sein, ob der Gläubiger gezwungen sein soll, den Umweg des § 283 BGB. zu beschreiten oder ob er sofort, nachdem sich das Unvermögen des Schuldners herausgestellt hat, auf das Erfüllungsinteresse klagen kann. Das erstere wäre ein sinnloser Schnörkel. Für letzteres spricht außerdem die Analogie ..... Wenn im Falle des § 286 Abs. 2 BGB. — bei Schuldnerverzug — eine Leistung, die für den Gläubiger jedes Interesse verloren hat, nicht mehr eingefordert zu werden braucht vielmehr sofort das Interesse verlangt werden kann, um wieviel mehr hier, wenn feststeht, daß die eigentliche Leistung niemals stattfinden wird." Crome will also auch dem Gläubiger das Recht geben, zunächst auf die Erfüllung der versprochenen Leistung zu klagen und dann im Wege des § 283 BGB. eventuell Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Es wäre aber nach Crome ein „sinnloser Schnörkel" diesen Weg einzuschlagen, „nachdem sich das Unvermögen des Schuldners herausgestellt hat". Dem ist gewiß nur beizustimmen, es ist dabei aber immer im Auge zu behalten, daß es feststehen muß, daß „die eigentliche Leistung niemals stattfinden wird", um die Verurteilung des Schuldners auf das Erfüllungsinteresse zu erwirken Dies muß aber der Gläubiger beweisen. „Dem Gläubiger ist" wie Crome[1] sagt „nicht zuzumuten, die Unmöglichkeits-

1) Crome a. a. O. § 159 Anm. 25 S. 311.

frage vor der Klage zu erforschen. Er klagt einfach auf die geschuldete Leistung." Damit ist der Gläubiger dann wieder darauf verwiesen, im Wege des § 283 BGB. oder der Zwangsvollstreckung Befriedigung zu suchen. Vgl. hierzu besonders Endemann:[1] „Behauptet wird, daß der Gläubiger sofort auch auf Schadensersatz klagen könne ..... Denn der Umweg über die Erfüllungsklage sei zweckwidrig. Zugegeben ist, daß der Gläubiger diesen einfacheren Weg wählen wird, wenn das Unvermögen des Schuldners klar zu Tage liegt. Wenn aber, wie es meist der Fall sein wird, dieses streitig ist, liegt es näher, dem Schuldner dem Beweis seines Unvermögens zu lassen und erst dann nach § 283 Schadensersatz zu begehren". Schollmeyer[2] bemerkt zu § 283 BGB.: „§ 283 .... muß auch dann Anwendung finden, wenn der Schuldner von vornherein unvermögend ist, die versprochene Leistung zu machen. Auch hier ist, obwohl das Gesetz das nicht ausspricht, der Schuldner zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet. Auch hier müßte der Gläubiger das Unvermögen des Schuldners nachweisen, auch hier erspart er sich diesen Nachweis, indem er von § 283 Gebrauch macht." Also auch nach Schollmeyer ist entweder Klage auf Erfüllungsinteresse erforderlich, aber Beweis des Unvermögens oder Klage auf Erfüllung und der bequeme Weg des § 283 BGB. gegeben. Ausdrücklich werden dem Gläubiger beide Rechte zugestanden von Enneccerus:[3] „Der Gläubiger kann auf die

1) Endemann a. a. O. § 124 Anm. 21 a, S. 695.
2) Schollmeyer a. a. O. § 283 Anm. 2 S. 118.
3) Enneccerus a. a. O. § 175 Anm. 5 S. 439.

subjektiv unmögliche Leistung klagen, nach der Verurteilung nach § 283 eine Frist setzen und, sobald diese verstrichen ist, Gelderſatz verlangen. Er kann aber auch sofort auf Gelderſatz klagen, muß dann freilich das Unvermögen des Schuldners zur Leistung beweisen" Kleincidam, der ja dem Gläubiger nur eine Klage auf Erfüllung geben will, nennt als auch diese Ansicht vertretend, Planck und Cosack. Nun folgt aber doch wohl aus Cosacks Ausführungen, daß auch er beide Klagen für zulässig hält. Weil ein auf eine subjektiv unmögliche Leistung gerichteter Vertrag gültig ist, kann nämlich der Gläubiger nach Cosack:[1]

„a) auf der ihm zustehenden Leistung selbst, obschon sie dem Schuldner subjektiv unmöglich ist, beharren,

b) ebensogut kann er aber auch — ohne jede Rücksicht darauf, ob dem Schuldner oder seinen Vertretern oder Gehülfen ein Verschulden zur Last fällt oder nicht — wegen des Ausbleibens der Leistung vollen Schadenserſatz fordern."

Derselben Ansicht ist aber auch wohl Planck:[2]

„Nach allgemeinen Grundsätzen müßte der Gläubiger, um statt der Erfüllung den Schaserſatz wegen Nichterfüllung verlangen zu können, beweisen, daß die Leistung in Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden sei. Dieser Notwendigkeit wird der Gläubiger durch die Vorschriften des § 283 überhoben. Hat der Schuldner vor dem Ablauf der ihm vom Gläubiger bestimmten Frist die Leistung nicht bewirkt, so kann der Gläubiger Schadenserſatz wegen

1) Cosack a. a. O. § 100 II. 1. S. 353.
2) Planck a. a. O. § 283 Anm. 1 S. 57 und 58.

Nichterfüllung ohne Rücksicht darauf fordern, ob die Leistung wirklich unmöglich geworden ist oder nicht. Auch für solche Fälle, in welchen die Leistung bereits bei der Begründung des Schuldverhältnisses unmöglich, diese Unmöglichkeit aber nur eine subjektive war und daher eine Verpflichtung des Schuldners begründet wurde, ermöglichen die Vorschriften des § 283 dem Gläubiger, Schadensersatz zu erlangen." Man könnte aus dieser letzteren Bemerkung folgern, daß Planck dem Gläubiger bei ursprünglichem Unvermögen des Schuldners nur einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach erfolgter Verurteilung des Schuldners zur Leistung im Wege des § 283 hätte geben wollen. Dem ist aber wohl nicht so. Meines Erachtens will hauptsächlich Planck, um hierüber keinen Zweifel zu lassen, sagen, daß der Gläubiger, wie in anderen Fällen, wenn der Schuldner nicht leistet, so auch bei ursprünglichem Unvermögen berechtigt ist, trotz des Unvermögens auf Erfüllung zu klagen. Dagegen soll hierdurch nicht ausgeschlossen sein, daß er auch sofort auf das Erfüllungsinteresse klagen kann. Denn § 283 BGB. enthält doch eine Erleichterung für den Gläubiger dadurch, daß er das Unvermögen des Schuldners nicht nachzuweisen braucht. Daß aber der Gläubiger nicht gezwungen werden kann, von dieser Rechtswohltat Gebrauch zu machen, hält auch wohl Planck für selbstverständlich. Er kann wie in den anderen Fällen, so auch bei ursprünglichem Unvermögen den schwierigeren Weg wählen und sogleich auf das Erfüllungsinteresse klagen.

Man wird aus dem Ausgeführten ersehen, daß es wohl richtig ist, dem Gläubiger beide Klagen zu geben,

und daß auch diese Ansicht am meisten vertreten wird. Ihr folgt auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts, was durch folgende Beispiele gezeigt werden mag. Vgl. zunächst Seufferts Archiv Bd. 56 Nr. 244 S. 441: „Daraus — nämlich aus der Gültigkeit eines auf eine subjektiv unmögliche Leistung gerichteten Vertrages — folgt aber ohne weiteres, daß der Schuldner, wenn er die Unmöglichkeit nicht zu beseitigen vermag, dem Gläubiger auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung haftet, ohne daß es auf ein Verschulden des Schuldners bei Eingehung der Verpflichtung ankommt." Dann glaubt das Reichsgericht, daß der Ansicht Dernburgs, es sei überflüssig, den Schadensersatz auf dem Umwege des § 283 BGB. zu erstreben, lediglich beizupflichten sei. „Denn" so fährt es fort, „es ist in der Tat nicht einzusehen, weshalb noch auf Erfüllung der Leistung geklagt werden sollte, wenn bereits feststeht, daß die Erfüllung nicht erfolgen kann". Steht dieses aber nicht fest oder will der Gläubiger den Beweis hierfür nicht auf sich nehmen, dann muß er eben zuerst auf Erfüllung klagen. Daß dies trotz ursprünglichen Unvermögens nicht ausgeschlossen sein soll, geht aus folgender Entscheidung[1] hervor: „. . . . so wird auch ferner durch eine auf ihrer Seite bestehenden Unmöglichkeit, diese Verpflichtung in ihrer ursprünglichen Gestalt zu erfüllen, die Klage auf die eigentliche Kontraktsleistung . . . . nicht unzulässig. Denn der ursprüngliche Gegenstand der vertragsmäßigen Verpflichtung wird in solchem Falle nicht ohne Weiteres verändert; es erscheint nicht unstatthaft, die Verurteilung zunächst auf die

1) Seufferts Archiv Bd. 49 No. 87 S. 161 und 162.

Leistung desselben zu richten und dadurch zugleich die Grundlage für etwaige beim Ausbleiben dieser Leistung eintretende Entschädigungsansprüche festzustellen".

Wie bisher ausgeführt wurde, kann nun der Gläubiger bei ursprünglichem Unvermögen des Schuldners zur Leistung dadurch Befriedigung erlangen, daß er entweder sofort das Erfüllungsinteresse einklagt oder dadurch, daß er zuerst auf Erfüllung der Leistung klagt und er dann nach rechtskräftiger Verurteilung des Schuldners entweder nach Maßgabe des § 283 BGB. oder im Wege der Zwangsvollstreckung die Leistung und bei deren Ausbleiben Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu erlangen versucht. Es gibt aber noch einen Weg, um den Gläubiger zu dem ihm zustehenden Schadensersatz zu verhelfen. Knüpfen wir gleich daran an, daß der Gläubiger auf Erfüllung klagt, so ist nach § 284 Abs. 1 S. 2 BGB. der Schuldner, wenn er trotz Erhebung der Klage nicht leistet, in Leistungsverzug gesetzt, falls die Klage nach dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung erhoben wurde. Der Schuldner kommt aber gemäß § 284 BGB. auch dann in Leistungsverzug, wenn er nicht leistet, obschon der Gläubiger ihn nach Eintritt der Fälligkeit der Leistung gemahnt hat oder ihm einen Zahlungsbefehl im Mahnverfahren hat zustellen lassen. Und einer Mahnung bedarf es nicht einmal, „wenn für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt" war oder „wenn der Leistung eine Kündigung vorauszugehen hat, und die Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, daß sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen läßt".

Der Gläubiger kann nun das ursprüngliche Unvermögen ganz außer acht lassen, und nach dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung den Schuldner z. B. mahnen. Leistet dann der Schuldner nicht, und das wird hier ja die Regel sein, so ist er in Verzug gesetzt. Nunmehr kommt dem Gläubiger § 286 Abs. 2 BGB. zu statten: „Hat die Leistung in Folge des Verzugs für den Gläubiger kein Interesse, so kann dieser unter Ablehnung der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen". Demgemäß ist der Gläubiger der Schwierigkeit enthoben, die er hat, wenn er, sei es auf Erfüllung, sei es sofort auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung klagt. Er braucht weder das Unvermögen zu beweisen, noch die Zwangsvollstreckung zu versuchen, noch gemäß § 283 BGB zu verfahren, es genügt, wenn er dartut, daß die Leistung fällig ist, daß eine Mahnung ergangen oder eine Klage erhoben oder ein Zahlungsbefehl im Mahnverfahren zugestellt worden ist oder daß es dessen alles gemäß § 284 Abs. 2 BGB. nicht bedarf, und daß die Leistung „in Folge des Verzuges" für ihn kein Interesse mehr hat. Die beiden ersten Voraussetzungen, nämlich den Verzug des Schuldners zu beweisen, wird ihm keine Schwierigkeiten machen; und um zu beweisen, daß die Leistung „in Folge des Verzuges" für ihn kein Interesse hat, wird er sich wohl nur auf das andauernde Ausbleiben der Leistung zu berufen brauchen. Der Gläubiger kann demnach Schadensersatz wegen Nichtfüllung verlangen. Dem steht auch § 285 BGB. nicht entgegen, nach welchem der Schuldner nicht in Verzug kommt, „solange die Leistung in Folge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat". Der Schuldner

hat ja, wie oben[1] ausgeführt wurde, sein ursprüngliches Unvermögen immer zu vertreten, und kann er sich deshalb auf dieses nicht berufen, um den Leistungsverzug mit seinen Folgen abzuwenden.

§ 10.

2. Wenn das Unvermögen ein teilweises ist.

Es kann auch der Fall sein, daß dem Schuldner die Leistung schon beim Abschluß des Vertrages nur teilweise subjektiv unmöglich ist; dies kann aber wie oben[2] gesagt wurde, nur dann vorkommen, wenn die Leistung teilbar ist. Auch bei teilweisem ursprünglichen Unvermögen ist ein für die ganze versprochene Leistung gültiger Vertrag zustande gekommen, auch hier hat der Schuldner immer sein ursprüngliches Unvermögen zu vertreten, auch hier muß er den dem Gläubiger durch das teilweise Unvermögen entstehenden Schaden ersetzen. Im Falle nur teilweisen ursprünglichen Unvermögens des Schuldners stehen aber dem Gläubiger mehr Rechte zu als im Falle vollständigen ursprünglichen Unvermögens. Im Grunde gelten jedoch dieselben Regeln, wie vorhin. Besonders hat auch hier der Gläubiger wieder die Wahl, ob er auf die Leistung oder das Erfüllungsinteresse klagen will. Weil nun eben das Unvermögen nur ein teilweises ist, stehen dem Gläubiger folgende Rechte zu:

1. Der Gläubiger kann den möglichen Teil der Leistung fordern und auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des subjektiv unmöglichen Teiles klagen, wobei

1) § 5.
2) § 3 S. 39 u. 40.

er das Unvermögen des Schuldners, diesen Teil zu leisten, beweisen muß.

2. Er kann den möglichen Teil der Leistung ablehnen und statt dessen Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Leistung verlangen, wenn er beweist, daß der Schuldner unvermögend ist, die Leistung vollständig zu erfüllen, und daß die nur teilweise Erfüllung der Leistung für ihn kein Interesse hat.

3. Er kann auf Erfüllung der ganzen Leistung klagen. Ist dann der Schuldner hierzu rechtskräftig verurteilt, so kann der Gläubiger:

a) Zunächst die Zwangsvollstreckung versuchen, und falls er durch diese nicht die ganze Leistung erhalten hat:

α) Schadensersatz wegen Nichterfüllung des fehlenden Teiles beanspruchen;

β) auch wohl den möglichen Teil der Leistung ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Leistung fordern, falls, was er natürlich zu beweisen hätte, die nur teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat.

b) Gemäß § 283 BGB. dem Schuldner eine Frist setzen mit dem Bemerken, daß er nach Ablauf dieser Frist die Annahme der Leistung ablehne. Wird dann bis zum Ablauf dieser Frist die Leistung nur teilweise bewirkt, so kann der Gläubiger:

α) Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, „soweit nicht die Leistung rechtzeitig bewirkt wird". § 283 Abs. 1 S. 2 BGB.;

β) auch gemäß § 283 Abs. 2 BGB. von dem im § 280 Abs. 2 BGB. bestimmten Rechte Gebrauch machen; er kann demnach „unter Ablehnung des noch

möglichen Teiles der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat". Dies müßte er natürlich beweisen.

4. Er kann den möglichen Teil der Leistung fordern und auf Erfüllung des noch fehlenden Teiles der Leistung klagen. Nach rechtskräftiger Verurteilung des Schuldners kann er dann:

a) durch Zwangsvollstreckung den fehlenden Teil zu erlangen suchen;

b) wieder gemäß § 283 BGB. verfahren.

Bleibt dann die Zwangsvollstreckung erfolglos oder leistet der Schuldner bis zum Fristablauf nicht, so kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung des fehlenden Teiles der Leistung fordern.

5. Auch wird der Gläubiger Schadensersatz dadurch erlangen können, daß er den Schuldner in der am Schlusse des letzten Paragraphen erläuterten Weise in Verzug setzt. Denn wenn der Schuldner ihm in diesem Falle den möglichen Teil der Leistung anbietet, so braucht der Gläubiger diesen nicht anzunehmen, da nach § 266 BGB. der Schuldner zu Teilleistungen nicht berechtigt, der Gläubiger also zur Annahme solcher nicht verpflichtet ist. Bietet demnach der in Verzug gesetzte Schuldner nicht die ganze Leistung an, so kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn infolge des Verzuges die Leistung für ihn kein Interesse hat. Nimmt aber der Gläubiger den ihm angebotenen Teil der Leistung an, so bleibt der Schuldner in Leistungsverzug hinsichtlich des noch fehlenden Teiles, und kann der Gläubiger dann statt dieses Teiles

Schadenersatz verlangen, falls eben wieder die Leistung desselben in Folge des Verzuges für ihn kein Interesse hat. Wenn demnach der Gläubiger den Schuldner in Verzug setzt, hat er wieder den Vorteil, nur beweisen zu müssen, daß die Leistung fällig, daß eine Mahnung oder was diesee gleich steht, erfolgt ist, beziehungsweise, daß es dessen nicht bedarf, und daß die noch nicht erfolgte Leistung in Folge des Verzuges für ihn kein Interesse hat, und hierzu genügt ja wohl der Nachweis, daß die Leistung andauernd nicht angeboten wird.

B. Bei gegenseitig verpflichtenden Verträgen.

§ 11.

1. Bei vollständigem ursprünglichem Unvermögen.

In den bisherigen Ausführungen ist immer die Rede gewesen von den einseitig verpflichtenden Verträgen. Nunmehr soll auseinandergesetzt werden, welchen Einfluß das ursprüngliche Unvermögen auf die zweiseitig verpflichtenden Verträge ausübt. Wenn hier von zweiseitig verpflichtenden Verträgen die Rede ist, so sind nur die wesentlich zweiseitigen Verträge gemeint, bei welchen sich ja die beiden Leistungen gleich beim Abschluß des Vertrages gegenüberstehen, wo also die eine Leistung das Äquivalent der andern ist. Diese Verträge nennt das BGB., Buch II, Titel II kurz: „gegenseitige Verträge".

Es braucht wohl bloß angedeutet zu werden, daß auch für solche Verträge die Ausführungen der Paragraphen 4 bis 8 der Arbeit maßgebend sind; daß sie also trotz ursprünglichen Unvermögens des Schuldners vollkommen gültig sind, und daß auch hier der Schuldner,

wenn er nicht leisten kann, zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet ist. Die gegenseitigen Verträge müssen hier aber besonders behandelt werden, weil demjenigen, der die subjektiv unmögliche Leistung zu fordern berechtigt ist, mehr Rechte zustehen, als wie beim einseitig verpflichtenden Vertrage, dann aber auch, weil zu untersuchen ist, ob und in welcher Höhe derselbe seine Gegenleistung bewirken muß.

Nur kurz mag hier erwähnt weden, daß die folgenden Regeln auch dann zur Anwendung kommen, wenn die beiden Leistungen schon beim Abschluß des Vertrages subjektiv unmöglich sind. Auch dann kommt ein gültiger Vertrag zustande, und es stehen die nachher angeführten Rechte eben den beiden Kontrahenten gegen einander zu.

Es soll nun zunächst untersucht werden, welche Rechte dem einen Kontrahenten zustehen, wenn die Leistung des anderen schon beim Abschluß des Vertrags vollständig unmöglich war. Der Kürze halber möge es gestattet sein, auch in der weiteren Ausführung diejenige Partei, auf deren Seite das Unvermögen liegt, als „Schuldner", die andere Partei als „Gläubiger" zu bezeichnen.

Bei den gegenseitig verpflichtenden Verträgen ist hinsichtlich der Leistungspflicht zu unterscheiden, ob die eine oder die andere oder keine Partei vorzuleisten verpflichtet ist. Demnach sind hier drei Möglichkeiten zu betrachten:

I. Der Schuldner — in obigem Sinne — hat vorzuleisten;

II. der Gläubiger — in obigem Sinne — hat vorzuleisten;

III. Keiner von beiden ist vorzuleisten verpflichtet.

Diese drei Fälle wären zu berücksichtigen; hierbei soll zunächst die Frage offen bleiben, ob und in welcher Höhe der Gläubiger seine Gegenleistung zu bewirken hat. Es möge vorab angenommen werden, er sei ohne Rücksicht auf das ursprüngliche Unvermögen des Schuldners zur Gegenleistung verpflichtet

ad I.) Der Schuldner hat vorzuleisten. Dann hat der Gläubiger folgende Rechte:

1. Er kann auch hier wieder sofort auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung klagen, muß dann aber auch das Unvermögen des Schuldners beweisen. Die Richtigkeit dieses Satzes zu beweisen wird nicht nötig sein, es wird genügen auf das im § 9 der Arbeit Ausgeführte zu verweisen.

2. Der Gläubiger kann auf Erfüllung der geschuldeten Leistung klagen. Wird dann der Schuldner zu der Leistung verurteilt, so kann der Gläubiger nach seiner Wahl:

a) Versuchen, im Wege der Zwangsvollstreckung die geschuldete Leistung zu erhalten. Bleibt die Zwangsvollstreckung erfolglos, dann hat er Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Zur Begründung diene das im § 9 der Arbeit Gesagte.

b) Dem Schuldner gemäß § 283 BGB. eine angemessene Frist setzen mit der Erklärung, daß er nach Ablauf dieser Frist die Leistung ablehne. Leistet der Schuldner nicht innerhalb dieser Frist, so stehen dem

Gläubiger nach § 325 Abs. 2 BGB. die im § 325 Abs. 1 BGB. bezeichneten Rechte zu. Diese sind:

α) Der Gläubiger kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen;

β) er kann von dem Vertrage zurücktreten.

γ) er kann den Schuldner wie im Falle des § 321 Abs. 1 BGB. als nicht verantwortlich behandeln und den Vertrag als aufgelöst betrachten.

Worin der wesentliche Unterschied der unter β und γ genannten Rechte besteht, wird später[1] gezeigt werden.

3. Der Gläubiger kann den Schuldner im Leistungsverzug setzen. Daß dies bei ursprünglichem Unvermögen des Schuldners möglich ist, und wie der Gläubiger hierbei verfahren muß, ist im § 9 der Arbeit ausgeführt worden, sodaß es nicht nötig ist, hier näher darauf einzugehen.

Ist der Schuldner in Leistungsverzug gesetzt, so kommt dem Gläubiger § 326 BGB. zustatten. Hiernach kann der Gläubiger dem im Verzuge befindlichen Schuldner „zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne". Ist dann die Leistung bis zum Ablauf der Frist nicht erfolgt, so kann der Gläubiger:

a) Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen;

b) von dem Vertrage zurücktreten.

Der Gläubiger braucht also hier, um Schadensersatz erhalten oder von dem Vertrage zurücktreten zu können, nur zu beweisen, daß der Schuldner in Verzug ist, daß

1) § 13 S. 107.

die gehörig bestimmte Frist abgelaufen ist, und daß der Schuldner während derselben nicht geleistet hat. Dies zu beweisen wird dem Gläubiger nicht schwer fallen. Nicht zu beweisen braucht aber der Gläubiger wie im Falle des Verzuges bei einseitig verpflichtenden Verträgen, daß die Erfüllung des Vertrags in Folge des Verzugs für ihn kein Interesse hat. Wenn er dies jedoch beweisen kann und will, so braucht er nach § 326 Abs. 2 BGB. nicht einmal dem Schuldner eine Frist zu setzen, um Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrage zurücktreten zu können.

ad II.) Der Gläubiger muß vorleisten.

Hat in diesem Falle der Gläubiger geleistet, so stehen ihm die sämtlichen unter ad I aufgeführten Rechte zu. Der Gläubiger ist sogar, um diese Rechte geltend machen zu können, verpflichtet, vorzuleisten und kann seine Leistung nicht verweigern, indem er sich auf das ursprüngliche Unvermögen des Schuldners beruft. Denn der Vorleistungspflichtige kann sich auf das ihm im § 321 BGB. gegebene Verweigerungsrecht nur dann berufen, „wenn nach dem Abschlusse des Vertrags in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird". Das Unvermögen bestand aber schon beim Abschlusse des Vertrages.

ad III) Ist weder der Schuldner noch der Gläubiger vorzuleisten verpflichtet, so kann der Gläubiger zunächst ruhig abwarten, ob der Schuldner die Leistung anbietet und solange auch gemäß § 281 BGB. die Gegenleistung verweigern. Wenn ihm aber daran gelungen ist, Gewißheit zu bekommen, ob er die schuld-

nerische Leistung überhaupt erhalten wird, so klagt er gegen den Schuldner auf Erfüllung. Da aber auch dieser seine Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern kann, so wird er nur gemäß § 322 BGB. zur Erfüllung „Zug um Zug" verurteilt werden. Leistet dann der Gläubiger, so hat er wieder die oben unter ad I genannten Rechte. Er kann also wieder sofort auf Schadensersatz klagen, besonders aber kann er sofort alle anderen genannten Wege einschlagen, um sich zu befriedigen, da ja der Schuldner schon rechtskräftig zur Leistung verurtheilt ist. Der Gläubiger braucht aber zunächst nicht zu erfüllen, sondern nur dem Schuldner die Leistung anzubieten. Tut er dies, und der Schuldner bietet seinerseits nicht an, so kommt dieser nach § 298 BGB. in Verzug der Annahme. Hierdurch ist dann dem Gläubiger die Möglichkeit gegeben, gegen den Schuldner die Zwangsvollstreckung zu versuchen. Denn nach § 322 Abs. 3 BGB. kommt hier § 274 Abs. 2 BGB. zur Anwendung: „Auf Grund einer solchen Verurteilung kann der Gläubiger seinen Anspruch ohne Bewirkung der ihm obliegenden Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung verfolgen, wenn der Schuldner im Verzuge der Annahme ist". Bleibt diese erfolglos, so kann er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

§ 12.

2. Bei teilweisem ursprünglichen Unvermögen.

Wir haben im letzten Paragraphen gesehen, welche Rechte dem Gläubiger bei gegenseitigen Verträgen zustehen, wenn der Schuldner vollständig unvermögend ist,

zu leisten, und dieses Unvermögen schon beim Abschluß des Vertrages bestand. Hier sollen die Rechte des Gläubigers aufgeführt werden, die ihm unter denselben Voraussetzungen zustehen, wenn die Leistung nur teilweise subjektiv unmöglich ist.

I. Hat der Gläubiger vorgeleistet oder ist der Schuldner vorzuleisten verpflichtet, so gilt folgendes: Der Gläubiger kann:

1. Den möglichen Teil der Leistung annehmen und auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des subjektiv unmöglichen Teiles klagen; das Unvermögen des Schuldners, den fehlenden Teil leisten zu können, muß er beweisen.

2. Er kann unter Ablehnung des möglichen Teiles der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Leistung fordern, wenn er beweist, daß der Schuldner unvermögend ist, die ganze Leistung zu erfüllen, daß aber die nur teilweise Erfüllung der Leistung für ihn selbst kein Interesse hat.

3. Er klagt auf Erfüllung der ganzen Leistung. Ist dann der Schuldner zu dieser rechtskräftig verurteilt, so kann der Gläubiger:

a) Die Zwangsvollstreckung versuchen, und wenn er durch diese nicht die ganze Leistung erhalten hat:

α) Schadensersatz wegen Nichterfüllung des fehlenden Teiles beanspruchen;

β) auch wohl den möglichen Teil der Leistung ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Leistung verlangen, wenn er beweist, daß die nur teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat.

b) Gemäß § 283 BGB. dem Schuldner eine Frist setzen mit dem Bemerken, daß er nach Ablauf dieser Frist die Leistung ablehne. Wird dann bis zu dem bestimmten Zeitpunkte die Leistung nur teilweise bewirkt, so kann der Gläubiger:

α) Schadensersatz wegen Nichterfüllung des fehlenden Teiles fordern;

β) gemäß § 325 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 BGB. unter Ablehnung des noch möglichen Teiles Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen, „wenn die teilweise Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse hat", was er zu beweisen hätte;

γ) unter denselben Voraussetzungen wie unter β von dem ganzen Vertrage nach § 325 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 BGB. zurücktreten;

δ) den möglichen Teil der Leistung annehmen und den Schuldner für das Nichtleistenkönnen des fehlenden Teiles als nicht verantwortlich ansehen.

4. Er kann den möglichen Teil der Leistung fordern und auf Erfüllung des noch fehlenden Teiles der Leistung klagen. Nach rechtskräftiger Verurteilung des Schuldners kann er dann:

a) Durch Zwangsvollstreckung den fehlenden Teil zu erlangen suchen, und dann, wenn die Zwangsvollstreckung erfolglos bleibt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung des fehlenden Teiles der Leistung fordern.

b) Gemäß § 283 BGB. verfahren. Leistet dann der Schuldner bis zum Fristablauf den fehlenden Teil nicht, dann kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung desselben verlangen oder hinsichtlich desselben vom Vertrage zurücktreten oder den Schuldner

so ansehen, als sei er für das Nichtleistenkönnen desselben nicht verantwortlich.

5. Der Gläubiger kann den Schuldner in Leistungsverzug wie oben § 11 ad I, 3 ausgeführt wurde, setzen und dann dem Schuldner gemäß § 326 BGB. eine angemessene Frist bestimmen mit der Erklärung, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Erfolgt die Leistung bis zum Ablauf der Frist nicht vollständig, so kann nach § 325 Abs. 1 BGB. der Gläubiger:

a) Den möglichen Teil der Leistung annehmen und für den fehlenden Teil Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder, soweit nicht geleistet wird, vom Vertrage zurücktreten oder hinsichtlich des fehlenden Teils den Schuldner als nicht verantwortlich ansehen.

b) Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Leistung verlangen oder vom ganzen Vertrage zurücktreten oder hinsichtlich der ganzen Leistung den Schuldner als nicht verantwortlich ansehen, falls für ihn die teilweise Erfüllung des Vertrages kein Interesse hat. Der Gläubiger muß also beweisen: Den Leistungsverzug des Schuldners; daß die demselben gehörig bestimmte Frist abgelaufen ist; daß der Schuldner während derselben nur teilweise geleistet hat, vielmehr leisten konnte, und im Falle b noch, daß die teilweise Erfüllnng für den Gläubiger kein Interesse hat. Hat aber im Falle a die Leistung des fehlenden Teiles „in Folge des Verzuges" kein Interesse mehr für den Gläubiger, so bedarf es der Fristsetzung nicht. Das Gleiche gilt im Falle b, wenn zunächst die teilweise Erfüllung des Vertrages für den Gläubiger kein Interesse hat, und ferner die ganze

Leistung „infolge des Verzugs" für ihn kein Interesse hat. Daß dies der Fall ist, müßte natürlich der Gläubiger beweisen.

II. Weder der Schuldner noch der Gläubiger ist vorzuleisten verpflichtet. Hier gilt zunächst das Gleiche, wie oben im § 11 unter ad III ausgeführt wurde. Ist demgemäß der Schuldner zur Leistung „Zug um Zug" verurteilt worden, und der Gläubiger leistet nun seinerseits, so stehen ihm alle unter I in diesem Paragraphen aufgeführten Mittel zur Verfügung, sich zu befriedigen. Bietet er aber dem Schuldner nur die ihm selbst obliegende Leistung an, und kommt dieser dadurch in Annahmeverzug, daß er nun nicht auch seinerseits die ganze Leistung anbietet, so gibt wieder § 322 Abs. 3 BGB. dem Gläubiger das Recht, gegen den Schuldner im Wege der Zwangsvollstreckung vorzugehen. Erhält er durch diese nicht die ganze Leistung, so kann der Gläubiger:

a) Schadensersatz wegen Nichterfüllung des fehlenden Teiles beanspruchen;

b) auch wohl den möglichen Teil der Leistung ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Leistung verlangen, falls er beweist, daß die nur teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat.

Man sieht, wie viele Möglichkeiten der Gläubiger hat, um sich bei gegenseitigen Verträgen zu befriedigen, falls teilweises ursprüngliches Unvermögen des Schuldners zur Leistung vorliegt. Der Gläubiger kann nun nach seinem Belieben sich den Weg wählen, der für ihn am erfolgreichsten und bequemsten zu sein scheint.

§ 13.

3. Das Schicksal der Gegenleistung.

a) bei vollständigem ursprünglichem Unvermögen.

Da ein Vertrag trotz ursprünglichen Unvermögens gültig zustande kommt, so ist nicht nur der Schuldner zur Leistung, sondern der Gläubiger auch zur Gegenleistung verpflichtet. Es fragt sich nun, soll für den Gläubiger diese Pflicht auch seinerseits zu leisten bestehen bleiben, auch wenn der Schuldner nicht das leistet, was er versprochen hat oder wird er von dieser Pflicht befreit, sodaß er auch das, was er etwa schon geleistet hat zurückfordern kann? Der Schuldner muß, weil er schon beim Vertragsabschluß unvermögend war, das, was er versprochen hat, zu leisten, statt des ursprünglich geschuldeten Gegenstandes auf Verlangen des Gläubigers nicht nur den vollen Wert des Gegenstandes in Geld ersetzen, sondern auch jeden anderen etwaigen Schaden des Gläubigers. Der Gläubiger erhält demnach, wenn auch nicht die vertragsmäßig geschuldete Leistung, so doch deren volles Äquivalent. Daraus folgt doch wohl, daß auch der Gläubiger seinerseits die ihm obliegende Leistung bewirken muß. Hierfür spricht doch schon das Rechtsgefühl, da ja die Befreiung des Gläubigers für den Schuldner eine unverdiente Härte sein würde. So ist denn auch nach der Ansicht den meisten Schriftsteller der Gläulliger, falls er Schadensersatz wegen Nichterfüllung erhalten hat, zur Bewirkung der Gegenleistung

verpflichtet, so z. B. nach Crome,[1] Planck,[2] Örtmann,[3] Endemann,[4] Kleineidam.[5] Dagegen behauptet Cosack:[6] „Bei gegenseitigen Verträgen fällt die Verpflichtung des Gläubigers zur Gegenleistung fort, wenn er sich den Wert dessen, was er durch das Unterbleiben der Gegenleistung erspart, von seiner Schadensersatzforderung abrechnet oder wenn er von dem Vertrage zurücktritt". Hiernach wäre auch nach der Ansicht Cosacks der Gläubiger zur Gegenleistung verpflichtet. Von dieser Verpflichtung sollen aber zwei Ausnahmen bestehen: Sie soll wegfallen:

1. Wenn der Gläubiger vom Vertrage zurücktritt. Dies ist wohl ganz selbstverständlich und bedarf keiner weiteren Erörterungen;

2. „wenn der Gläubiger sich den Wert dessen, was er durch das Unterbleiben der Gegenleistung erspart, von seiner Schadensersatzforderung abrechnet". Dem dürfte aber wohl nicht zuzustimmen sein. Sehr oft, ja in den meisten Fällen wird durch Anwendung dieser Regel dasselbe Resultat erzielt werden, wie wenn der Gläubiger seine Gegenleistung bewirkte.

Denn diese wird wohl meist in Geld bestehen. Ebenso erhält der Gläubiger den Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Geld. Dann wird wohl einfach die-

1) Crome, a. a. O. § 170 I 3 a. S. 181.
2) Planck, a. a. O. § 325 Anm. 1 a. S. 101.
3) Oertmann, a. a. O. § 325 Anm 1 a. S. 72.
4) Endemann, a. a. O. § 125 3 c. u. Anm. 37 S. 706 u. 707.
5) Kleineidam, „Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB. für das deutsche Reich" S. 131 u. 132.
6) Cosack, a. a. O. § 100 II 3 S. 354.

jenige Summe, welche der Gläubiger zu leisten hat, von der vom Schuldner zu leistenden Summe abgerechnet werden, und so der Gläubiger nur den Überschuß erhalten. In allen übrigen Fällen ist aber doch wohl daran festzuhalten, daß der Gläubiger seinerseits die ihm vertragsmäßig obliegende Leistung zu bewirken hat, falls er vom Schuldner Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert. Glaubt aber der Gläubiger, es sei zu seinem Nachteil, wenn er die versprochene Leistung machen müsse, er dagegen nur vom Schuldner das Erfüllungsinteresse erhalte, so braucht er ja den Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht geltend zu machen. Er kann ja vom Vertrage zurücktreten oder den Schuldner gemäß § 323 Abs. 1 BGB. als für das Unvermögen nicht verantwortlich ansehen. Macht er von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch, so braucht er ja auch nicht zu leisten. Hat er aber schon vorgeleistet, so muß ihm der Schuldner das Empfangene vollständig zurückgewähren. Hier kommen die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Regeln zur Anwendung. Behandelt aber der Gläubiger den Schuldner als für das ursprüngliche Unvermögen nicht verantwortlich, so braucht eben keiner von beiden zu leisten. Wenn der Gläubiger schon vorgeleistet hat, so kann er in diesem Falle das Geleistete nach § 323 Abs. 3 nur insoweit zurückverlangen, als der Schuldner noch durch dasselbe bereichert ist. Hier finden die Regeln über eine ungerechtfertigte Bereicherung Anwendung. In dieser Verschiedenheit des Rückforderungsrechtes des Gläubigers, der im ersten Falle das Vorgeleistete vollständig, sei es in natura oder in Wertersatz zurückfordern kann, im

zweiten Falle nur nach den Vorschriften über eine ungerechtfertigte Bereicherung, liegt der oben[1] angedeutete Hauptunterschied dieser beiden dem Gläubiger zustehendem Rechte.

§ 14.

b) Bei teilweisem ursprünglichem Unvermögen.

Bei teilweisem ursprünglichen Unvermögen sind die Regeln betreffend die Gegenleistung durchweg dieselben, wie bei vollständigem ursprünglichen Unvermögen. Hat der Gläubiger unter Ablehnung des möglichen Teiles der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Leistung erhalten, so ist auch er zur vollen Gegenleistung verpflichtet. Das schon Geleistete kann er nicht mehr zurückfordern. Gleiches gilt für den Fall, daß der Gläubiger den möglichen Teil der Leistung angenommen hat und Schadensersatz wegen Nichterfüllung für den fehlenden Teil erhalten hat. Ist der Gläubiger unter Ablehnung des möglichen Teils der Leistung vom ganzen Vertrage zurückgetreten, dann braucht er auch nicht zu leisten. Auch hier kann er das etwa schon Geleistete vom Schuldner im vollen Umfange zurückverlangen. Entsprechende Anwendung finden die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Regeln. Wenn der Gläubiger den Schuldner als nicht verantwortlich behandeln will, so ist zu unterscheiden, ob er den ganzen Vertrag als aufgelöst betrachten will oder nur hinsichtlich des subjektiv unmöglichen Teiles. Ersteren Falls sind wieder

1) § 11 S. 98.

Gläubiger und Schuldner von ihrer Leistungspflicht befreit und können sie etwa schon Geleistetes nach den für eine ungerechtfertigte Bereicherung geltenden Vorschriften herausverlangen. Verlangt aber der Gläubiger den möglichen Teil der Leistung, und will er den Vertrag nur hinsichtlich des fehlenden Teiles als aufgelöst betrachten, so fällt auch natürlich seine Gegenleistungspflicht nicht ganz fort. Die Gegenleistung mindert sich hier gemäß § 323 Abs. 1 BGB. nach Maßgabe der Paragraphen 472, 473 BGB. Demnach ist die Gegenleistung in dem Verhältnisse herabzusetzen, in welchem der Wert der ganzen geschuldeten Leistung zu dem Wert der ursprünglich möglichen Leistung zur Zeit des Vertragsabschlusses gestanden hat. Wären aber als Gegenleistung nicht vertretbare Sachen ausbedungen, so sind diese nach dem Werte zu veranschlagen, den sie zur Zeit des Abschlusses des Vertrages haben. Wenn nun nach diesen Regeln der Gläubiger unnötiger Weise oder zuviel geleistet hat, so kann er das Geleistete oder das zuviel Geleistete auch wieder nur nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung herausverlangen. Umgekehrt hat er das zuwenig Geleistete nachzuleisten. Die Gegenleistung wird aber auch dann nach den vorstehenden Regeln zu mindern sein, wenn der Gläubiger den möglichen Teil der Leistung angenommen hat, dagegen hinsichtlich des fehlenden Teiles von dem Vertrage zurückgetreten ist. Nur kann hier der Gläubiger das zuviel Geleistete vollständig, sei es in natura oder in Geldersatz zurückfordern. Es finden hier wieder die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Regeln Anwendung.

V. Hat der Forderungsberechtigte bei ursprünglichem Unvermögen einen Anspruch auf das stellvertretende Commodum?

§ 15.

Zum Schluß ist noch kurz die Frage zu beantworten, ob der Gläubiger auch bei ursprünglichem Unvermögen das stellvertretende Kommodum beanspruchen kann.

Was unter dem stellvertretenden Kommodum zu verstehen ist, ergiebt sich aus § 281 Abs. 1 BGB.: „Erlangt der Schuldner in Folge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen." Es fragt sich nun, soll dieser Anspruch auf Herausgabe des Ersatzes oder auf Abtretung des Ersatzanspruches dem Gläubiger auch dann gegeben sein, wenn der Schuldner schon zur Zeit des Vertragsabschlusses unvermögend war zu leisten, er aber für den zu leistenden Gegenstand von einer andern Seite vertragsmäßig Ersatz bekommen hat? Soll z. B. der Verkäufer einer Sache, welcher dieselbe später, ohne sie wiedererlangt zu haben, noch einmal verkauft, dem zweiten Käufer den bei dem ersten Verkaufe erhaltenen Kaufpreis als stellvertretendes Kommodum herausgeben müssen? Hierüber ist folgendes zu sagen: Bei ursprünglichem Unvermögen ist der Schuldner doch schon beim Abschluß des Vertrages unvermögend zu leisten. Wenn er also für den geschuldeten Gegen-

stand einen Ersatz erhalten hat oder für ihn ein Ersatzanspruch entstanden ist, so ist dies schon vor dem Abschluß des auf die subjektiv unmögliche Leistung gerichteten Vertrages geschehen. Bis zum Vertragsabschlusse war aber der spätere Leistungsverpflichtete noch kein Schuldner, und konnte er mit dem Gegenstand der später versprochenen Leistung tun und lassen, was er wollte. Erst vom Abschlusse des Vertrages an ist er Schuldner, und § 281 Abs. 1 BGB. verlangt doch, daß der „Schuldner" für den „geschuldeten" Gegenstand einen Ersatz oder Ersatzanspruch „erlangt", in Folge des Umstandes, der die Leistung unmöglich „macht". Danach muß nicht nur der Ersatz oder Ersatzanspruch erst nach Abschluß des Vertrages erlangt werden, sondern muß auch der Umstand, durch den der Schuldner unvermögend wird, zu leisten, nach Vertragsschluß eingetreten sein. Berücksichtigt man ferner noch, daß in § 281 Abs. 1 BGB. nur von einem Umstande die Rede ist, der die Leistung „unmöglich" macht, daß das BGB. aber unter einer unmöglichen Leistung nur eine objektiv unmögliche Leistung versteht und dieser das Unvermögen des Schuldners nur dann gleichstellt, wenn es nachträglich eingetreten ist, so wird man zu dem Resultat kommen, daß § 281 Abs. 1 BGB. nur auch auf das nachträgliche Unvermögen Anwendung findet, falls nicht das Gesetz die Anwendung auch auf das ursprüngliche Unvermögen ausdrücklich zuläßt. Dies ist aber nicht geschehen. Demnach wird man dem Gläubiger einen Anspruch auf das stellvertretende Kommodum bei ursprünglichem Unvermögen des Schuldners nicht zugestehen können. Daß dies aber auch schon im

gemeinen Recht der Fall war, sagt Windmüller[1] ausdrücklich: „Die Surrogation findet nur bei nachträglicher Unmöglichkeit statt." Weiter fährt er später[2] fort bezüglich des § 281 Abs. 1 BGB. „Wie dort — im gemeinen Recht — handelt es sich auch hier nur um eine nachfolgende — objektive oder subjektive — Unmöglichkeit." Derselben Ansicht sind auch Planck,[3] Schollmeyer[4] Oertmann,[5] Kleineidam[6] und andere.

Kleineidam sucht die Richtigkeit der Ansicht, daß der die Unmöglichkeit und damit den Ersatz oder Ersatzanspruch begründende Umstand vor Abschluß des Vertrages eingetreten sein müßte, noch durch folgendes zu beweisen: „Damit stimmt auch die Wahl des Präsens in dem § 281 mit den Worten „„unmöglich macht"" sehr gut überein, während die Umfassung der vor Abschluß des Vertrages liegenden Umstände wohl den Zusatz erfordert hätte „„oder gemacht hat"". Vgl ferner auch noch z. B. Schollmeyer.

„Ist das Unvermögen des Schuldners von vornherein vorhanden, so entsteht zwar eine gültige Schuldverbindlichkeit desselben. Aber davon, daß in einem solchen Falle der Schuldner die etwa vor Eingehung des Schuldverhältnisses gegen Dritte erlangten Ersatzansprüche abtreten oder dem Gläubiger den vorher

1) Windmüller: „Die Bedeutung und Anwendungsfälle des Satzes pretium succedit in locum rei, res in locum pretii nach gemeinem Recht und BGB." S. 96.

2) Windmüller, a. a. O. S. 103.

3) Planck, a. a. O. § 281 Anm 5 S. 57.

4) Schollmeyer, a. a. O. S 112 b.

5) Oertmann, a. a. O. § 281 Anm. 3 S. 41.

6) Kleineidam: „Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB für das deutsche Reich" S. 43.

erlangten Ersatz herausgeben müsse, kann keine Rede sein. Was vor der Entstehung des Schuldverhältnisses liegt, geht an sich den Gläubiger garnichts an. Für die Annahme des Gegenteils wäre eine positive Bestimmung erforderlich. Dieselbe enthält aber § 281 Abs. 1 nicht. Nach ihm muß „„der Schuldner““ den Vorteil erlangt haben. Der Bevorteilte muß also zur Zeit der Erlangung des Vorteils schon Schuldner sein."

Daß auch Endemann dieser Ansicht ist, folgt aus dem von ihm angeführten Beispiele.[1] „Wenn A ein Bild im Werte von 600 Mark an B verkauft hat, das er damals bereits dem C für 1000 Mark verkauft und übergeben hatte, so kann B nur den wahren Wert und sein Interesse, nicht schlechthin nach § 281 jenen Kaufpreis von 1000 Mark begehren." Die entgegengesetzte Ansicht vertreten meines Wissens nur Cosack und Titze. So sagt Titze:[2] „Nur das Eine mag besonders hervorgehoben sein, daß bei analoger Anwendung der für die nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung geltenden Grundsätze der Gläubiger auch bei anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung vom Schuldner die Herausgabe eines etwaigen stellvertretenden Kommodum nach § 281 des BGB. verlangen kann". Desgleichen stellt Cosack[3] folgende Regel bei ursprünglichem Unvermögen auf: „Hat der Schuldner durch den Umstand, der die Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt hat, einen Ersatz empfangen oder einen Ersatzanspruch erworben, so muß er ihn den Gläubiger auf dessen Verlangen abtreten".

1) Endemann, a. a. O. § 124 S. 695 Anm. 21 c
2) Titze, a. a. O. S. 253 Anm 9.
3) Cosack, a. a. O. § 100 II 5 S. 354.

Wie aus den Ausführungen Titzes hervorgeht, kann er auch kaum zu einem anderen Resultat kommen, als daß der Gläubiger bei ursprünglichem Unvermögen das stellvertretende Kommdum verlangen kann, da ja nach seiner Ansicht auf das ursprüngliche Unvermögen die für das nachträgliche Unvermögen geltenden Vorschriften analog Anwendung finden sollen, also auch konsequenter Weise die das stellvertretende Kommodum betreffende Vorschrift des § 281 BGB. Dasselbe gilt auch von Cosack, der ja ebenso wie Titze die für das nachträgliche Unvermögen getroffenen Bestimmungen mit der oben [1] besprochenen Ausnahme, auf das ursprüngliche Unvermögen anwenden will. Daß dem aber nicht so ist, wurde oben [2] schon gezeigt.

Man wird aus allen diesem daher den Schluß ziehen müssen, daß der Gläubiger nicht die Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruches verlangen kann, wenn der Schuldner diesen erlangt hat infolge eines Umstandes, durch den er schon zur Zeit des Vertragsabschlusses unvermögend war zu leisten.

1) § 5 S. 63.
2) § 5 S. 63 u. 64.